Der Grundsatz von Treu und Glauben in den §§ 157 und 242 des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät

der

Universität Leipzig

eingereicht von

Franz Alfred Fürstenberg

Referendar in Dresden.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Dresden.

Buchdruckerei von Arthur Schönfeld.

1909.

Meinem Onkel

Dr. phil. Alfred Baumgarten

in Verehrung

gewidmet.

Inhaltsübersicht.

		Seite
Einleitung		9
§ 1.	Die bona fides im römischen und gemeinen Rechte	11
	Actiones bonae fidei	12
	Exceptio doli	13
	Klagabweisende und klagerzeugende Wirkung	15
§ 2.	Der Grundsatz von Treu und Glauben in einzelnen Bestimmungen des BGB. außer in den §§ 157 und 242.	18
	§ 226	18
	§§ 315, 317	20
	§ 745 Abs. 2	20
	§ 1024	20
	§ 829	21
	§ 1361 Abs. 2	21
	§ 328 Abs. 2	22
	§ 162	23
	§ 815	24
§ 3.	Die Materialien zu den §§ 157 und 242	25
§ 4.	Der Grundsatz von Treu und Glauben in den §§ 157 und 242	34
	Sein Grundgedanke	35
	Der Grundsatz als Tatbestandsmoment	36
	Der Grundsatz als Moment der Beurteilung eines Tatbestands	37
	Seine Bedeutung für die Auslegung von Verträgen (§ 157)	40
	Die Berücksichtigung der Verkehrssitte	42
	insbesondere des Sprachgebrauchs	49
	Seine Bedeutung für die Auslegung von Willenserklärungen überhaupt (§ 157)	52
	insbesondere von Gesetzen	55
	Seine Bedeutung für die Art der Erfüllung einer Verbindlichkeit (§ 242)	56
	Gegenüberstellung der §§ 157 und 242	60
	Ergebnis	62

Literatur-Verzeichnis.

Abhandlungen:

Danz. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte; II. Auflage. Jena 1906.

Hagen. Die Usance und Treu und Glauben im Verkehre. Leipzig 1894 (Dissertation).

Hölder. Zur Theorie der Willenserklärung. Leipzig 1905.

Derselbe. Zur Lehre von der Auslegung der Willenserklärungen und der Bedeutung des Irrtums über ihren Inhalt. Weimar 1907.

Derselbe. Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung; in Iherings Jahrbüchern, II. Folge, Bd. 19, Seite 413 flg Jena 1909.

Derselbe. Gesetz- und Verkehrssitte; im Recht, V. Jahrgang, 1901, Seite 216 flg.

Schneider. Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB. München 1902.

Derselbe. Zur Verständigung über den Begriff von Treu und Glauben; im Archiv für Bürgerl. Recht, Bd. 25, Seite 269 flg. Berlin 1904.

Schumacher. Die exceptio doli generalis nach BGB. und die Stellung des Richters zum Gesetz, insbesondere hinsichtlich der Berücksichtigung von Treu und Glauben. Greifswald 1907 (Dissertation).

Stammler. Die Lehre vom richtigen Recht. Berlin 1902.

Derselbe. Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1898.

Steinbach. Treu und Glauben im Verkehr. Wien 1900.

Derselbe. Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse; im Jurist. Literaturblatt, 15. Jahrgang, Seite 25 flg. Berlin 1903.

Derselbe. Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung. Wien 1898.

Wendt. Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse; im Archiv für die zivilistische Praxis, Bd. 100, Seite 1 flg. Tübingen 1906.

Sonstige Literatur:

Corpus juris civilis, herausgegeben von Krüger, Mommsen und Schoell. Berlin 1906.

Crome. System des deutschen bürgerlichen Rechtes, Bd. 1 und 2. Tübingen 1902.

Czyhlarz. Lehrbuch der Institutionen des röm. Rechts, 7. und 8. Auflage. Wien 1905.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches. Berlin 1896.
Dernburg. Das bürgerliche Recht, 1. und 2. Bd., 3. Auflage. Halle 1906.
Derselbe. Pantekten, 1. und 2. Band, 7. Auflage. Berlin 1903.
Düringer-Hachenburg. Das Handelsgesetzbuch, 3. Band. Mannheim 1905.
Enneccerus. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Auflage. Marburg 1908.
Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 1. Lesung, amtliche Ausgabe. Berlin 1888.
Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Lesung, amtliche Ausgabe. Berlin 1894.
Jacubezky. Bemerkungen zu dem Entwurfe eines BGB. 1892.
Kuhlenbeck. Von den Pandekten zum bürgerl. Gesetzbuch. 1. und 2. Band. Berlin 1899.
Matthiass. Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 1. Band, 3. Auflage. Berlin 1900.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuchs, 1. und 2. Band, amtliche Ausgabe. Berlin und Leipzig 1888.
Mugdan. Die gesamten Materialien zum bürgerl. Gesetzbuch, 1. und 2. Band. Berlin 1899.
Oertmann. Kommentar zum BGB., allgem. Teil, II. Auflage. Berlin 1908. Recht der Schuldverhältnisse, II. Auflage. Berlin 1906.
Planck. Bürgerl. Gesetzbuch, 1. und 2. Band, III. Auflage. Berlin 1907.
Portalis. Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil. Paris 1844; (Joubert, libraire de la cour de cassation).
Protokolle der Kommissionen für die 2. Lesung des bürgerl. Gesetzbuchs, bearbeitet von Achilles, Spahn und Gebhard, I. Band. Berlin 1897.
Schollmeyer. Kommentar zum BGB.: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB. Berlin 1904.
Sohm. Institutionen, 13. Auflage. Leipzig 1908.
Staub. Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1. und 2. Band, VIII. Auflage. Berlin 1907.
Derselbe. Kommentar zur allgem. deutschen Wechselordnung, VI. Auflage. 1908.
Staudinger. Kommentar zum BGB., 1. und 2. Band, III. und IV. Auflage. München 1908.

Der Grundsatz von Treu und Glauben hat für die Beurteilung von Streitfällen im heutigen Rechtsleben eine größere Bedeutung als früher. Seine Geltung hat sich allmählich, aber stetig erweitert — eine Folge der zunehmenden Entwicklung des Verkehrs und der fortschreitenden Verfeinerung des Rechtsempfindens.

Im Anfang der Rechtsentwicklung, als die Rechtsanschauungen entsprechend der niedrigen Stufe, auf der die Verkehrsverhältnisse standen, noch primitiv, die Rechtsbegriffe noch grob waren, galt es als unerläßlich, die Gesetze streng dem Buchstaben nach zu erfüllen und an den Worten der Verträge nicht zu rütteln und zu deuten. Diese Art der Rechtsfindung und Rechtsprechung war auch in solchen Zeiten vollkommen genügend. Sie hatte den Vorteil, daß man sich nicht der naheliegenden richterlichen Willkür, einer zweifelhaften Billigkeit und unsicheren Rechtsanwendung aussetzte, daß vielmehr die Entscheidung der Streitfälle auf Grund eines sicheren Rechtes rasch gefällt werden konnte.

Die Herrschaft der stricti juris judicia kennzeichnet diese Epoche.

Je mehr sich nun der Verkehr entwickelte, je mehr sich die Rechtsbegriffe komplizierten und das Rechtsgefühl sich ausbildete, desto weniger genügte der alte Standpunkt des Rechtes den größeren Anforderungen, die man an die Rechtsfindung stellte, und bald hielt man es nicht mehr für angängig,

verwickelte Streitfälle nach dem starren System der stricti juris judicia einfach wie Knoten durchzuschlagen, wollte man nicht Unrecht zum Recht erheben.

So entstanden neben den stricti juris judicia die bonae fidei judicia. Bei diesen war dem Richter die Möglichkeit gegeben, das zu berücksichtigen, was nach dem allgemeinen Empfinden recht und billig war. Mit der Einführung dieser judicia erfuhr die bona fides die erste Anerkennung im Rechte. Durch die juristische Schärfe und Begabung der römischen Juristen der klassischen Zeit wurde sie auf eine sehr hohe Stufe gebracht.

Es folgte dann eine Zeit des Rückschlages. Das gemeine Recht erkannte zwar die Wichtigkeit und rechtsfördernde Kraft des Grundsatzes von Treu und Glauben an, aber die Richter jener Tage standen zu sehr im Banne von Gesetzesvorschriften, als daß sie nach freiem Ermessen auf Grund der bona fides Entscheidungen getroffen hätten, die den Umständen der einzelnen Fälle angepaßt waren.

Einen bedeutenden Fortschritt findet man im französischen Recht. Der Unterschied zwischen stricti juris und bonae fidei judicia ist hier vollkommen aufgehoben. Für alle Verträge gilt das Prinzip von Treu und Glauben. Art. 1134 des Code Civil sagt in dieser Hinsicht: „Les conventions doivent être exécutées de bonne foi.“ Und in Art. 1135 heißt es: „Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.“

Ein geistvoller Ausspruch eines älteren französischen Juristen, Portalis, mag hier nicht unerwähnt bleiben, durch den deutlich dargelegt wird, wie die Gesetze sein sollen, damit der Grundsatz von Treu und Glauben berücksichtigt werden könne. Portalis sagt in seinem Discours préliminaire

sur le projet de Code Civil: „L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application."[1]) Es ist Portalis zuzugeben, daß nur Gesetze solcher Art die Entfaltung und Weiterentwicklung des Grundsatzes von Treu und Glauben in dem ihm zukommenden Maße zulassen. Der Richter wird die gesetzlichen Bestimmungen dann richtig anwenden (à en diriger l'application), wenn er sich bei der Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze von dem Prinzipe der Billigkeit oder, was dasselbe ist, von Treu und Glauben leiten läßt.

Worin im heutigen deutschen Recht Treu und Glauben besteht und inwieweit der Einfluß dieses Grundsatzes auf die Beurteilung von Streitfällen anzuerkennen ist, soll im Folgenden untersucht werden.

---

§ 1.

Unser Begriff von Treu und Glauben hat seinen Ursprung in der römischen bona fides. Wohl haben andere Rechtssysteme gleiche oder ähnliche Begriffe gekannt, jedoch ist keiner zu solcher Entwicklung gebracht worden und zu solchem Einflusse gelangt, wie die römische bona fides. Daher ist sie die Grundlage von unserem Begriffe geworden.

Die wissenschaftliche Erschließung und die völlige Durchdringung des Begriffes der bona fides durch die Römer hat Jahrhunderte beansprucht.

---

[1]) J. Étienne-Marie Portalis: Discours préliminaire sur le projet de Code Civil, présenté le 1er Pluviose an IX, Seite 9.

Aufgekommen ist die bona fides im römischen Recht zwar schon in früher Zeit, z. B. in der actio fiduciae und in der actio rei uxoriae, jedoch war die bona fides in diesem Stadium nur ein sehr enger Begriff. Größere Wirksamkeit erlangte sie erst allmählich, vor allem in der prätorischen Zeit, wo sie in den beiden Rechtsgebilden der sog. actiones bonae fidei und der exceptio doli zur Geltung kam.

Die intentio der actio bonae fidei ist stets darauf gerichtet: quid quid N. N. A. A. dare facere oportet ex bona fide. Das judicium bonae fidei hat also aus dem freien richterlichen Ermessen und der dadurch ermöglichten Beachtung der aequitas hervorzugehen.

Die Entwicklung der bona fides zeigt sich besonders deutlich beim Kaufrecht. Das seit altersher formlose Rechtsgeschäft des Kaufes, dieses typische bonae fidei negotium, ließ anfänglich der bona fides so gut wie keinen Spielraum. Denn alle beim Kaufe vorkommenden näheren Vereinbarungen, wie z. B. über Eigenschaften und Zustand der verkauften Sache, deren Geltendmachung zufolge der Entwicklung der bona fides später mit der Klage aus dem Kauf, eben als actio bonae fidei, möglich war, mußten in den Zeiten der engen Gebundenheit des Rechtes in strengen Formalgeschäften, den Stipulationen, getroffen werden. Auch für den Eviktionsfall mußte sich der Käufer stets durch die stipulatio duplae vorsehen, — abgesehen vom Manzipationskauf, wo ihm für diesen Fall die actio auctoritatis kraft Gesetzes zustand. Die Eviktionsstipulation war zum Schutze gegen Eviktion bis in späte Zeit hinein erforderlich. Erst allmählich gewann die bona fides die Kraft, daß sie den Schadensersatzanspruch des Käufers aus der Eviktion selbst

---

[2]) l 31. D. depositi 16, 3.

rechtfertigte, daß man nun also durch die actio empti gegen die Eviktion geschützt war. Hatte der Käufer früher diese Schadensersatzklage nur im Falle der Eviktion der Sache, da der Verkäufer nur für rem habere (= besitzen) licere haftete, so bedeutete es einen weiteren Schritt in der Entwicklung des bona fides-Prinzips, daß es die actio empti endlich auch befähigte, Schadensersatz auch dann zu erreichen, wenn keine Eviktion der Sache vorlag. So wurde der Kauf erst allmählich zu einem wahren negotium bonae fidei im weitesten Sinne.

Als weitere besondere Trägerin des bona fides-Gedankens haben die Römer die exceptio doli geschaffen. Die exceptio doli hatte den Zweck, dem jus strictum gegenüber die Billigkeit zur Geltung zu bringen. Da der Richter bei den negotia stricti juris keine Möglichkeit hatte, in seinen Entscheidungen der Billigkeit Rechnung zu tragen, mußte ein besonderes Mittel gegeben werden, wollte man auch hier der bona fides einen Einfluß einräumen. Die Berücksichtigung der bona fides bei den stricti juris negotia wurde ein um so dringenderes Bedürfnis, je verschiedenartiger und reichhaltiger sich mit der Entwicklung des Verkehrs die Rechtsbeziehungen gestalteten. Wohl hatte das jus strictum in alter Zeit viele Vorzüge, wie die Möglichkeit strenger Rechtsverfolgung, festbegrenzter Obligierung, Schutz gegen Willkür, aber diese Vorzüge verwandelten sich angesichts der immer wachsenden Mannigfaltigkeit und Verfeinerung des Rechtslebens und seiner Begriffe bald zu Nachteilen.

Die exceptio als solche ist eine prätorische Rechtshilfe, die aus der Zeit des Formularprozesses stammt. In formeller Hinsicht war sie eine Ausnahme vom Kondemnationsbefehl, da der Richter ihr zufolge trotz der Richtigkeit der intentio nicht kondemnieren durfte, wenn sich die in jure erwirkte exceptio als begründet erwies. Nach dem Untergange des

Formularprozesses bedeutete die exceptio die Befugnis, durch Vorbringen eines Umstandes die Durchführung eines Rechtes im Prozesse ganz oder teilweise unwirksam zu machen.

Die wichtigste aller Exceptionen war die exceptio doli. Ihre ediktsmäßige Fassung lautete: si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat. Hiernach muß der Richter einerseits jeden dolus berücksichtigen, dessen sich der Kläger früher, d. h. vor der Litis-Kontestation, also besonders beim Abschluß des Geschäftes, schuldig gemacht hat („factum sit"). Soweit war die exceptio doli die Einrede des Betrugs und wurde als exceptio doli specialis bezeichnet. Andererseits mußte er aber auch den dolus würdigen, den der Kläger jetzt, d. h. dadurch, daß er die Klage erhebt, begeht („neque fiat"), wenn also bei zwar begründetem Rechtsverhältnis, dem kein dolus anhängt, der Akt der Klageerhebung als solcher ein doloses Handeln gegen die bona fides bedeuten würde.[3])

Diese exceptio doli, die sich gegen die in der Klagerhebung liegende Unbilligkeit richtet, war die für die Rechtsentwicklung so bedeutungsvolle Trägerin der bona fides und wurde als generalis bezeichnet, da sie mit jeder anderen exceptio konkurrieren durfte.[4])

Sie wurde oft nur deshalb in die Formel genommen, um alle eventuellen Abwehrmöglichkeiten, die der Beklagte gegen die Klage haben könnte, zu treffen.[5])

---

[3]) 1 2 § 5 D. 44, 4: etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose.

[4]) Stand der Klage z. B. ein pactum de non petendo gegenüber, so konnte der Beklagte sich ihr gegenüber ebensowohl durch die exceptio doli (generalis) schützen. Ueberhaupt war die exceptio doli das Mittel, irgendwelche Verstöße gegen das bona fides-Prinzip in den stricti juris negotia zu rügen; so war sie auch das Mittel, die Kompensation geltend zu machen: der Kläger, der selbst 50 schuldet und 100 zu fordern hat, handelt gegen die bona fides, wenn er nicht die 50 von seiner Forderung kürzt, sondern 100 voll verlangt.

Diese Machtfülle der aequitas war aber noch nicht genug; man ging in der rückhaltlosen Anerkennung des bona fides-Prinzips noch einen bedeutenden Schritt weiter. Ehedem war die exceptio doli nur dann gegeben, wenn der Kläger wußte, daß er ungerechterweise die Klage erhob.[6] Bald sah man aber von diesem Erfordernis ab und gab die exceptio doli auch in den Fällen, wo die Klagerhebung objektiv eine Verletzung der bona fides bedeutete.[7] Damit war das bona fides-Prinzip zur höchsten Machtvollkommenheit gelangt. Auch im judicium stricti juris konnte nun die bona fides kraft der exceptio doli generalis zur Geltung kommen.

Die Wirkung der exceptio doli bestand in der Abweisung der Klage oder in der Absolution des Beklagten. Bei den bonae fidei judicia wurde dieselbe Wirkung ohne die exceptio doli kraft der intentio erreicht. Denn der Richter durfte ja nur auf das kondemnieren, was dare facere oportet ex fide bona. Die Gesichtspunkte der exceptio doli sind also beim judicium bonae fidei stets vorhanden und ohne weiteres (officio judicis) zu beachten. Darauf weist der Satz hin: exceptio doli inest bonae fidei judiciis.

Die erwähnte Wirkung der bona fides, officio judicis (in den bonae fidei judicia) oder mittels der exceptio doli die Abweisung der Klage herbeizuführen, steht außer Zweifel.

---

[5] l 2 § 5 D. 44, 4: Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit.

[6] Treffend charakterisiert Dernburg (Pandekten, I. Bd., § 138, Seite 327, V. Aufl.) dieses ehemalige Erfordernis der exceptio doli mit den Worten: „Ursprünglich suchte man ihren Grund in der malhonneten Gesinnung des Klägers, welcher das formelle Recht mißbraucht, um unlautere Vorteile zu gewinnen."

[7] l 36 D. de verb. oblig. 45, 1: idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet.

Diese Feststellung macht aber die Schneidersche Auffassung[8]) hinfällig, daß die bona fides lediglich die Wahrung der „Vertragstreue“ bewirkt habe, daß diese das einzige Gebot der bona fides gewesen sei. Denn es liegt doch nicht im Rahmen der Vertragstreue, wenn die Verpflichtung des Beklagten (durch die von ihm begehrte Abweisung der Klage) aufgehoben, also der Vertrag zerstört wird. Die bona fides diente wohl der Vertragstreue, aber nicht ausschließlich; sie besaß eine viel stärkere Macht, die Macht, den Vertrag zu brechen, wenn seine getreuliche Erfüllung für den einen oder anderen Teil eine Unbilligkeit bedeutete. Als ein weiterer Beweis für die Mannigfaltigkeit der Wirkungen der bona fides soll noch ein anderer Umstand hier Erwähnung finden. Die bona fides hatte nicht nur die Kraft, das bedeutendste Abwehrmittel gegen unbilliges Klagbegehren zu schaffen, sie hatte außer dieser verneinenden, vernichtenden Kraft auch eine unmittelbar Leben schaffende: sie wirkte klagerzeugend. Die Klagbarkeit der pacta in continenti adjecta ist nämlich nur als eine Folge der bona fides zu erklären.

Auch noch in einem anderen Falle möchte ich die klagerzeugende Wirkung der bona fides annehmen und mich damit der Meinung Wendts[9]) anschließen, für deren Richtigkeit man zwar keinen sicheren Beweis im Corpus juris findet, aber auch keinen für ihre Unrichtigkeit. Ich meine den Ursprung der actiones contrariae der einseitigen Kontrakte. Wendt hält diese actiones contrariae für ein Produkt der bona fides und meint, daß man die Kontraktsklagen eben wegen ihrer bona fides-Natur auch zur Geltendmachung von Gegenansprüchen benutzt hat. Für seine Ansicht spricht der Um-

---

[8]) Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, Seite 33, Anm. 48.

[9]) Wendt, die exceptio doli generalis im heutigen Recht, Seite 39.

stand, daß diese Gegenklagen sich erstens nur bei bonae fidei-Kontrakten finden, und daß zweitens, wenn auch formell die Kontraktsklage angewendet wird, mit der Gegenklage doch lediglich Ansprüche geltend gemacht werden, die aus der Berücksichtigung von Billigkeitsmomenten entspringen (wie z. B. die Forderung des Ersatzes von Auslagen) und nicht direkt aus dem Vertrag als solchem herzuleiten sind.

Das bona fides-Prinzip entwickelte sich immer weiter und die exceptio doli schwand, so weit sie rein formale Bedeutung hatte, immer mehr, je größer das Gebiet wurde, auf dem die Berücksichtigung des bonum et aequum ipso jure zu erfolgen hatte.

Das gemeine Recht und das A. L. R. nahmen die römisch-rechtlichen Grundsätze der aequitas auf. Jedoch herrschte eine große Unsicherheit in der Erkennung dessen, was Treu und Glauben, das jus aequum, eigentlich erforderte. Die Meinungen darüber waren sehr schwankend. Jedenfalls war die Harmonie zwischen Billigkeitsprinzip und gesetztem Recht nicht vorhanden. Da man beides nicht in Einklang zu bringen wußte, verfiel man zuerst in den nur zu nahe liegenden Fehler einer ungeheueren Ueberschätzung der bona fides.[10]) So war es natürlich, daß sich allmählich immer mehr Stimmen fanden, die vor Entscheidungen nach dunklen Billigkeitsgefühlen warnten. Friedrich Wilhelm I. und später Friedrich der Große haben besonders darauf hingewirkt, daß die in so vielen Entscheidungen zum Ausdrucke gekommene Willkür, die aus einer falschen Auffassung des bona fides-Prinzips entsprang und mit der wahren Billigkeit nichts gemein hatte, beseitigt wurde.

[10]) Phil. Burchardt (1682) sagt, es gebe keine Rechtspflege mehr, da die Richter alle Prozesse nach ihrem Ermessen und Billigkeitsgefühle entschieden (lt. Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, Seite 86). — Man sagte in scherzhafter Anspielung: secundum equum et bovem.

§ 2.

Wie das römische Recht hat auch das deutsche den Grundsatz, summum jus nicht zur summa injuria werden zu lassen. Es hat daher ebenfalls den ethischen Begriff von Treu und Glauben zum Rechtsbegriff erhoben. Er ist das Handwerkszeug des Richters, mit dem er zwischen Gesetz und Leben vermittelt und eine feste, innige Verbindung herstellt. Allgemein festgelegt ist das bona fides-Prinzip in den §§ 157 und 242 BGB. Doch findet es sich in vielen anderen Bestimmungen des BGB. spezialisiert wieder. Die folgenden Beispiele aus dem Gesetze enthalten alle dem Sinne nach eine Berufung auf Treu und Glauben, und da sie mehr oder minder auf Einzelheiten, einzelne Rechtskonstellationen oder doch Gruppen solcher abgestellt sind, geben sie einen guten Fingerzeig, in welcher Richtung der in den §§ 157 und 242 allgemein gegebene Grundsatz seine Wirkung zu entfalten hat, und tragen damit zur Erklärung seines Inhaltes bei.

In dieser Richtung ist besonders § 226 zu erwähnen. Er lautet: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen.“ In ihm tritt der Gedanke von Treu und Glauben deutlich zutage. Jeder, dem ein Recht zusteht, ist grundsätzlich berechtigt, das Recht auszuüben und auszunützen in dem Maße, in dem es ihm gewährt ist. Die Ausübung eines Rechtes, also etwas Rechtmäßiges, wird jedoch durch die Berücksichtigung der aequitas dahin eingeschränkt, daß sie dann unzulässig ist, wenn sie lediglich aus Schikane geschieht. Was in dieser Bestimmung die Billigkeit erfordert, ist zweifelsohne dem Gebiete der Moral entnommen. Die Moral verbietet Handlungen, die keinen anderen Zweck haben, als einem Anderen Schaden zuzufügen. Das Recht hat diesen Satz insofern aufgenommen, als es solchen Handlungen seinen

Schutz versagt. Diese Bestimmung kennzeichnet deutlich und genügend das Verhältnis des Rechtes zur Moral: Das Recht dient nicht der Moral, es setzt sich lediglich nicht in Widerspruch zu ihr. Lotmar in seiner Abhandlung „Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Rechte", Leipzig 1896 (zitiert von Steinbach in dem Werke „Die Moral als Schranke usw.", Seite 2) drückt dies treffend folgendermaßen aus: „Das Recht macht hiermit die Moralgebote zu den seinigen, nicht in dem Sinne, daß es seine Machtmittel behufs Ausbreitung der Moral zur Verfügung stellt, wohl aber in dem Sinne, daß es das Aufgebot seiner Machtmittel verweigert, wo dasselbe auf Grund eines Vorgangs beansprucht wird, den die Moral mißbilligt." Die Bedenken gegen diese Bestimmung, die der Ethik eine Konzession von solcher Tragweite macht, waren nicht gering. Die Motive zählen die Bedenken auf, die zur Ablehnung der sich darauf beziehenden Anträge in der zweiten Kommission geführt haben. Erst nachdem der Bundesrat die schikanöse Ausübung des Eigentums für unzulässig erklärt hatte, bewilligte der Reichstag die Bestimmung in der jetzigen Form. Dies war die schärfste Wirkung, die man dem Prinzipe der Billigkeit dem formellen Rechte gegenüber einräumen konnte, daß man ihm die Kraft verlieh, ein unangreifbares Recht zwar nicht zu verneinen, aber es immerhin durch Erklärung der Unzulässigkeit seiner Ausübung gegenstandslos zu machen.[11])

Dem Grundgedanken von Treu und Glauben dienen alle weiteren Bestimmungen, die zu dem Zwecke gegeben sind, dem formellen Rechte aus Rücksicht auf die Billigkeit, auf

---

[11]) Freilich hat die Bestimmung des § 226 praktisch keine große Bedeutung, da es im einzelnen Falle schwer sein wird, den nötigen Beweis zu erbringen, daß für den Ausübenden kein anderes Interesse als das der Schädigung vorgelegen habe.

das Allgemeinempfinden, seine Härte und Schärfe zu nehmen. Dahin gehören alle die Bestimmungen, welche eine Beurteilung „nach billigem Ermessen“ fordern (z. B. §§ 315, 317, 745 Abs. 2, 1024 usf.) oder welche die Berücksichtigung der „Umstände“ für die Entscheidung des einzelnen Falles ausbedingen (z. B. §§ 328 Abs. 2, 829). § 315 gibt die Vorschrift: „Soll die Leistung durch einen Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist.“ Und § 317: „Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach billigem Ermessen zu treffen ist.“ An und für sich hat der Vertragsteil oder der Dritte, der zur Bestimmung der Leistung ermächtigt ist, das Recht, dies ganz nach seinem Ermessen zu tun. Um aber einen Mißbrauch dieses Rechts zu verhüten, hat man es dahin eingeschränkt, daß der Bestimmende bei seinem Ermessen die Billigkeit zu berücksichtigen hat und daß seine Bestimmung nicht verbindlich ist, wenn sie der Billigkeit nicht entspricht oder offenbar unbillig ist. Ferner § 745 Abs. 2: „Jeder Teilhaber kann, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung (— eines gemeinschaftlichen Gegenstandes —) durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluß geregelt ist, eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen.“ Schließlich § 1024: „Trifft eine Grunddienstbarkeit mit einer anderen Grunddienstbarkeit oder einem sonstigen Nutzungsrecht an dem Grundstück dergestalt zusammen, daß die Rechte nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden können, und haben die Rechte gleichen Rang, so kann jeder Berechtigte eine den Interessen aller Berechtigten nach billigem Ermessen entsprechende Regelung der Ausübung verlangen.“ Aehnliche Bestimmungen treffen die §§ 660 Abs. 1, 2048 und 2156 BGB.

In allen diesen Bestimmungen räumt der Gesetzgeber der Billigkeit die Entscheidung darüber ein, inwieweit gewisse Rechte auszuüben sind. Die Beteiligten oder der Richter sollen angewiesen sein, das Zuviel und Zuwenig gegeneinander abzuwägen und die richtige Mitte zu finden.

Was sodann die aus Gründen der Billigkeit vorgeschriebene Berücksichtigung der „Umstände" anlangt, ist § 829 BGB. zu erwähnen. Die §§ 827, 828 heben die Haftung für den Schaden, den jemand im Zustande der Bewußtlosigkeit oder krankhafter Geistesstörung oder während der Zeit der Minderjährigkeit einem Anderen zufügt, unter gewissen Voraussetzungen auf. Hierin liegt unter Umständen eine große Härte. Eine strikte Durchführung des Gesetzes würde beispielsweise dann, wenn der schädigende Teil reich, der geschädigte aber arm ist, zu Konsequenzen führen, die den das Billigkeitsprinzip berücksichtigenden Rechtsanschauungen entgegenstehen. Um derartige Folgen zu verhüten, ordnet § 829 an, daß die Ersatzpflicht, auch wenn die Voraussetzungen der §§ 827, 828 vorliegen, dann eintreten soll, wenn „die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert". Ein Seitenstück[12]) zu § 829 ist der § 1361. Während nach dem ersten Absatz dieser Gesetzesstelle der Ehemann schlechthin für unterhaltspflichtig erklärt wird, falls einer der getrennt lebenden Ehegatten die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf, wird seine Unterhaltspflicht im zweiten Absatz insofern von der Billigkeit abhängig gemacht, als die Rücksicht auf die Bedürfnisse sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Ehegatten bestimmen soll, ob nicht

---

[12]) „Wenn auch in Umkehrung von Regel und Ausnahme, von Gesetz und Billigkeit", wie Wendt am angegebenen Ort Seite 113 treffend bemerkt.

die Unterhaltspflicht des Mannes aufgehoben oder auf die Zahlung eines Beitrags beschränkt sein soll. Die Rücksicht auf die Billigkeit geht hier also unter Umständen so weit, die Geltung einer Gesetzesvorschrift auszuschließen.

Eine ausschlaggebende Bedeutung der aequitas, die sich in der Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles äußert, findet man auch bei der kumulativen Schuldübernahme. § 328 bestimmt in Absatz 2: „In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen und ob den Vertragschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern.“ Wenn die schwierige Feststellung, ob, wann und unter welchen Voraussetzungen der Dritte, an den eine Leistung durch Vertrag bedungen worden ist, das Recht auf diese Leistung in Ermangelung einer besonderen Bestimmung erwirbt, auf Grund der „Umstände“ erfolgen soll, so heißt das nichts anderes, als daß sie nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, nach dem Prinzipe der Billigkeit zu erfolgen hat. Die Tätigkeit des „billig“ verfahrenden Richters, an den ja in letzter Linie die Anweisung gerichtet ist, besteht nun darin, daß er die Worte des Vertrags prüft, den im Rechtsleben allgemein üblichen Sinn dieser Worte feststellt, dann hieraus und aus allen ihm bekannt gewordenen Umständen den Willen der Parteien, den Zweck des Vertrags zu ergründen sucht, und diesen Willen durchzusetzen sucht, ohne den einen Teil auf Kosten des anderen zu schädigen.

Mit dem Hinweis auf „die Verhältnisse der Beteiligten“ in § 829, „den Zweck des Vertrages“ in § 328 Abs. 2 usw. hat das Gesetz aber nur einzelne Umstände hervorheben

wollen, weil ihre Beachtung für diese spezielle Vorschrift von besonderem Gewicht ist. Es sollen aber nicht nur diese, sondern alle irgendwie in Frage kommenden Umstände berücksichtigt werden.

Weiterhin hat die Billigkeit maßgebende Bedeutung für die Feststellung dessen, was das Gesetz mit „unverhältnismäßig“ oder „unerheblich“ bezeichnet.[13])

Auch die „wichtigen Gründe“, denen zufolge das Gesetz den Widerruf eines Vertrags oder den Rücktritt von einem solchen gestattet, enthalten einen Hinweis auf die Billigkeit.[14])

Auch in den Bestimmungen, die das Gesetz für den Fall der dolosen Verhinderung und der dolosen Herbeiführung des Eintritts einer Bedingung gibt (§ 162), kommt das bona fides-Prinzip zur Geltung: Das Gesetz stellt die Fiktion auf, daß im ersten Falle die Bedingung als eingetreten, im letzteren Falle als nichteingetreten gilt. Würde Treu und Glauben hier keine Berücksichtigung finden, so würde im ersten Falle die an den Eintritt einer Bedingung geknüpfte Rechtsfolge nicht Platz greifen, da die Bedingung tatsächlich nicht erfüllt ist, und im zweiten Falle die bedingte Rechtsfolge eintreten, da die Bedingung tatsächlich erfüllt ist. Das wäre ein gegen die Billigkeit verstoßendes Ergebnis. Denn es widerspricht dem Billigkeitsgefühl, daß sich jemand eine ihm günstige Rechtsposition dadurch schafft, daß er, während er nach der von ihm vollzogenen Willenserklärung verpflichtet ist, sich jeder Einwirkung auf den Eintritt oder Nichteintritt einer Bedingung zu enthalten (vgl. Hölder, Kommentar § 162, Seite 354), im Widerspruch hiermit eine solche Einwirkung ausübt. Auch hier wieder finden wir eine starke Wirkung

---

[13]) Vgl. die §§ 251 Abs. 2, 343, 655, 948 Abs. 2, 2170 Abs. 2 Satz 2; 542 Abs. 2, 459 Abs. 1 Satz 2, 634 Abs. 3.

[14]) Vgl. die §§ 626, 627 Abs. 2, 723, 749.

der Billigkeit: Die Notwendigkeit ihrer Berücksichtigung führt hier zu einer Fiktion.

Einen ähnlichen Einfluß unseres Grundsatzes sehen wir auf dem Gebiete der ungerechtfertigten Bereicherung. § 815 bestimmt, daß die Rückforderung wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges ausgeschlossen ist, wenn (außer anderem) der Leistende den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat. Hier äußert sich das Billigkeitsprinzip in derselben Weise wie im Falle der schikanösen Rechtsausübung: Die Geltendmachung des Rechts wird ausgeschlossen.

Ich möchte gleich hier der Auffassung entgegentreten, die vielleicht aus dem Vorhergehenden gebildet werden könnte, daß die Billigkeit ein dem Rechte als solchen entgegenstehender Begriff wäre. Die Billigkeit ist nur als eine solche zu verstehen, die sich mit dem Begriffe des Rechtes deckt. Ja, sie ist das höchste Ziel aller Rechtsvorschriften, was schon die Römer erkannten, wenn sie in den Quellen von der Rechtswissenschaft als der ars boni et aequi gesprochen haben.[15])

Sie geht nicht über die Grenzen des Rechts hinaus. Sie selbst ist Recht und zwar gesetzlich normiertes Recht. Ein Unterschied ist nur dahin zu machen, daß die Billigkeit das nachgiebige, elastische, ausfüllende, dem Ermessen der Beteiligten und des Richters stattgebende Recht ist, im Gegensatze zu den fest bestimmten, den Gegenstand erschöpfenden, strengen Rechtssätzen. Die Billigkeit äußert hauptsächlich dann ihre Wirkung, wenn das Gesetz oder die parteiliche Vereinbarung für die Beurteilung eines Rechtsverhältnisses nicht ausreichen. In erster Linie ist stets das gesetzte Recht,

---

[15]) l 1 § 1 D. de inst. 1, 1.

das im Gesetz oder Vertrag festgelegt ist, anzuwenden. Sollte dies lückenhaft sein, den zur Entscheidung stehenden Fall nicht oder nicht völlig decken, so kann es aus dem Gesamtzusammenhange des Rechts ersetzt werden durch ein aus Billigkeitsmomenten gebildetes Recht.

Das Gesetz hat, wie die obigen Beispiele zeigen, auf einzelnen Rechtsgebieten besonders die Beobachtung der Billigkeit angeordnet. Es hat dies für nötig gehalten, weil hier eine Verletzung des Prinzips zu besonders unhaltbaren Konsequenzen führen würde. Der Grundsatz beherrscht aber auch die anderen Rechtsverhältnisse. Dies bestimmen die §§ 157 und 242.

In ihnen ist das Billigkeitsprinzip in dem Grundsatze der Wahrung von Treu und Glauben allgemein festgelegt worden. Dieser Grundsatz ist in beiden Gesetzesstellen derselbe, wenn sie auch verschiedenen Zweeken dienen, wie in der weiteren Ausführung dieser Abhandlung gezeigt werden wird.

§ 3.

Das BGB. gibt uns keine ausdrückliche Begriffserklärung von Treu und Glauben. Es ist daher der Rechtswissenschaft überlassen, die Bedeutung dieses Begriffes im Gesetz festzustellen. Diese Feststellung läßt sich nur durch die Auslegung der Gesetzesstellen, in denen der Begriff normiert ist, und durch das Erkennen seiner Stellung im Gesamtzusammenhange des Rechts treffen. Für die Bedeutung von Treu und Glauben sind insonderheit die §§ 157 und 242 maßgebend, da sie den Grundsatz in allgemeinster und umfassendster Form enthalten. Es ist daher notwendig, den Inhalt dieser Gesetzesvorschriften festzustellen, d. h. sie auszulegen. Das Gesetz ist eine Willenserklärung. Die Aus-

legung von Willenserklärungen hat sich nur auf das zu erstrecken, was wirklich erklärt ist; was etwa hat erklärt werden sollen, tatsächlich aber nicht erklärt worden ist, kommt nicht in Betracht. Für die Auslegung eines Gesetzes kommt daher nur sein Text in Frage, nicht auch die Auffassungen und Meinungen seiner Urheber. Die Materialien eines Gesetzes als Niederschlag der Absichten der Gesetzgeber sind demnach für seine Auslegung unmaßgeblich. Trotzdem ist es angebracht, die Meinungen der Gesetzgeber zu betrachten, denn einmal sind sie für die Entstehung des Gesetzes von historischem Interesse, sodann können sie einen guten Fingerzeig dafür geben, wie man an ein Gesetz herantreten soll, um es auszulegen, weil ja der Sinn und die Bedeutung eines Gesetzes in der Regel mit dem Sinne und der Bedeutung zusammentreffen werden, welche die Gesetzgeber dem Gesetze beilegen wollten.

Der erste Entwurf traf die den jetzigen §§ 157 und 242 entsprechenden Bestimmungen in den §§ 224, 359. § 224 lautete in dem hier in Betracht kommenden Satz 1 des ersten Absatzes: „Der Schuldner ist verpflichtet, die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken.“ § 359: „Der Vertrag verpflichtet den Vertragschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte, sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergibt.“

Als Grund für die Aufstellung des § 224 Abs. 1 Satz 1 führen die Motive zum ersten Entwurf (Seite 26 zu § 224) an, daß die Vorschrift, die als selbstverständlich erscheinen könnte, nicht unnötig sei, weil es weder dem Gesetze, noch für die Regel dem Geschäftsverkehre möglich sei, den Umfang und Inhalt einer Schuldverbindlichkeit nach allen Richtungen

und Nebenpunkten genau zu beschreiben, und bemerken, daß die vollständige Erkennung des Inhalts einer Leistungsverbindlichkeit nur im konkreten Falle möglich sei mittels Auslegung des Gesetzes oder des Rechtsgeschäftes, auf welchem die Verbindlichkeit beruht. Ist somit im konkreten Falle die Frage nach der Vollständigkeit einer Leistung zu beantworten durch die Auslegung der die Leistungspflicht begründenden Willenserklärung (Gesetz oder Vertrag), so liegt hierin ein Hinweis auf den Grundsatz von Treu und Glauben, weil jede Auslegung, wie sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt, nach Treu und Glauben zu erfolgen hat.

Dagegen wird in § 359 das Prinzip von Treu und Glauben ausdrücklich normiert. Nach den Motiven (Seite 198 zu § 359) werden durch den § 359 nicht bloß gewisse Anhaltspunkte für die Ermittlung der aus konkreten Verträgen entspringenden Verpflichtungen gegeben, sondern vor allem der wichtige und praktische Grundsatz zum Ausdruck gebracht, daß der heutige Geschäftsverkehr von der Rücksicht auf Treu und Glauben beherrscht werde, und, wo die Ermittlung des Inhalts eines Vertrages und der einzelnen hieraus für die Parteien fließenden Verpflichtungen in Frage stehen, jene Rücksicht in erster Linie zur Richtschnur zu nehmen sei.

Beide Bestimmungen haben dann in den Kommissionsberatungen verschiedene Aenderungen erfahren. Die Veranlassung zu diesen Veränderungen gab bezeichnenderweise stets die Unentschlossenheit betreffs der Frage, wie weit man den Einfluß von Treu und Glauben anerkennen sollte — ob man ihn für alle Schuldverhältnisse oder nur für die obligatorischen Verträge zugestehen sollte, ob nach Treu und Glauben lediglich die Frage entschieden werden sollte, wie

eine Verbindlichkeit zu erfüllen sei, oder auch die Frage, ob eine Verbindlichkeit und welche vorliege.

Der erste Entwurf bestimmte die Bezugnahme auf Treu und Glauben bei der Entscheidung der Frage, wie eine Verbindlichkeit zu erfüllen sei, durch seinen § 224 Abs. 1 Satz 1, durch § 359 ordnete er diese Bezugnahme auch an für die Entscheidung darüber, ob eine Verbindlichkeit und welchen Inhalts entstanden sei. Beide Bestimmungen galten für die Schuldverhältnisse und standen demgemäß im zweiten Buch (Recht der Schuldverhältnisse).

Der Kommission für die zweite Lesung lagen zum § 224 Abs. 1 Satz 1 folgende Anträge vor:

1. Die Bestimmung durch nachstehende Vorschrift zu ersetzen: „Die Leistung ist so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."
2. Die Bestimmung in der im Antrag 1 vorgeschlagenen Fassung mit Rücksicht auf die vom Antragsteller zu 1. im Zusammenhange mit seinem Antrage ins Auge gefaßte Streichung des § 359 durch folgende Vorschrift zu ersetzen: „Zu welcher Leistung das Schuldverhältnis den Schuldner verpflichtet und wie die Leistung zu bewirken ist, ist nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beurteilen." [16])

Die Kommission nahm den Antrag 2 an. Die Protokolle bemerken hierzu (Seite 303) folgendes: „Hiernach hat der § 224 im einzelnen folgende Aenderung erfahren: Der Satz 1

---

[16]) Die Anträge und Erörterungen zu § 224 Abs. 1 Satz 1 sind, obgleich sie mit denen zu § 359 ineinandergreifen, der Uebersichtlichkeit wegen hier zusammengenommen, wie dies ja auch in den Protokollen geschieht.

des Absatz 1 ist als selbstverständlich gestrichen.[17]) An seine Stelle tritt die zugleich zum Ersatze des § 359 bestimmte Vorschrift, daß nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu beurteilen ist, zu welcher Leistung das Schuldverhältnis den Schuldner verpflichtet und wie die Leistung zu bewirken ist. Man erachtete die Verweisung auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte nicht nur bei Schuldverhältnissen aus Verträgen, sondern bei allen Schuldverhältnissen für erforderlich, um das ganze zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Verhältnis seinem wahren Inhalte nach zur Anerkennung zu bringen, wozu die gemeinrechtliche Rechtsprechung sich gern der sogenannten exceptio doli generalis bediente, und fand die im Antrage 1 Abs. 1 vorgeschlagene Fassung zu eng, weil sie nur die Art der Leistung treffe, während es sich um den ganzen Inhalt der Obligation handle, von welchem sich bei rechtsgeschäftlichen Obligationen häufig die Frage, ob überhaupt eine Verbindlichkeit entstanden sei, nicht wohl trennen lasse."

Zu § 359 lagen folgende Anträge vor:

1. die Bestimmung zu streichen;
2. im allgemeinen Teil die Bestimmung zu treffen: „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern";
3. für den Fall, daß eine Fassung des § 224 Abs. 1 angenommen wird, welche die Vorschrift auf die Er-

---

[17]) Dies ist wohl nicht richtig. Denn wäre er so selbstverständlich, dann hätte er auch keinen Ersatz gebraucht. Die von der Kommission angenommene neue Vorschrift ist aber nicht lediglich Ersatz für den § 359, sondern auch ein solcher für den § 224 Abs. 1 Satz 1. Daß letzterer nicht ohne weiteres selbstverständlich ist, ergibt sich sachlich daraus, daß er ja gerade eine Bestimmung über den Umfang der Leistung trifft, für dessen Beurteilung doch Treu und Glauben maßgebend ist (siehe Motive Seite 26 zu § 224).

füllung (Bewirkung der Leistung) beschränkt, deren Ersatz nicht mit dem Antrage 2 zum allgemeinen Teile, sondern zum Rechte der Schuldverhältnisse zu bewirken und als § 359 zu beschließen: „Der Vertrag verpflichtet den Schuldner zu demjenigen, was sich nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Inhalt desselben ergibt“;

4. als Unterantrag zu 2. und 3. die Worte: „mit Rücksicht auf die Verkehrssitte“ zu streichen.

Die Kommission nahm den Antrag 2 an. Die Erwägungen, die zur Annahme dieses Antrags führten, und die für die endliche Entscheidung maßgebenden Vorgänge seien als das Verständnis der §§ 157 und 242 BGB. fördernd im Nachstehenden kurz dargestellt.

Die Kommission für die zweite Lesung hatte, wie oben [18]) gezeigt, an Stelle des § 224 Abs. 1 Satz 1 und zugleich mit als Ersatz des § 359 die Vorschrift beschlossen, die ihr im Antrage 2. zu § 224 vorlag (Protokolle Seite 302 unter II, 2). Hiernach war, um es kurz zu wiederholen, die Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte natürlich wieder nur für die Schuldverhälltnisse, und zwar für alle maßgebend, und dies sowohl für die Frage, ob eine Verbindlichkeit entstanden sei und welche, als auch für die Frage, wie eine Verbindlichkeit zu erfüllen sei.

Die Redaktionskommission [19]) strich nun von der erwähnten Bestimmung den ersten Teil, d. h. den Teil, der die Bezug-

---

[18]) Siehe Text Seite 28.

[19]) Die Redaktionskommission war eine Unterabteilung der Kommission für die zweite Lesung. Sie war nur zu redaktionellen Aenderungen befugt und, wenn die von ihr beabsichtigte Aenderung zugleich eine sachliche Aenderung des Beschlusses der Hauptkommission bedeutete, hatte sie eine abermalige Beschlußfassung der Hauptkommission herbeizuführen.

nahme auf Treu und Glauben auch für die Frage, ob eine und welche Verbindlichkeit vorliege, vorschrieb, und begründete sachlich diese Streichung mit der Erklärung, daß die Vorschrift bei richtiger Auslegung nicht nur auf die Art der Erfüllung, sondern auch auf das Ob und Was[20]) der Verbindlichkeit zu beziehen sei, und daß sie in letzterer Hinsicht jedenfalls in Verbindung mit der allgemeinen Auslegungsregel des § 73[21]) das durch den Beschluß der Kommission beabsichtigte Ergebnis sicherstelle (Protokolle Seite 624). Die somit von der Redaktionskommission dem § 224 Abs. 1 gegebene Fassung lautete: „Der Schuldner ist zur Bewirkung der Leistung in solcher Weise verpflichtet, wie es Treu und Glauben und der Verkehrssitte entspricht."

Die Hauptkommission hatte nun über diesen Beschluß der Redaktionskommission zu entscheiden. Die Mehrheit der ersteren nahm zwar die Streichung an, erklärte aber den Grund der Redaktionskommission für die Streichung für unzutreffend. Sie billigte die Streichung aus folgenden Gründen: Die von der Redaktionskommission gegebene Bestimmung könne, wenn man den Worten nicht Zwang antun wolle, nur von der Art der Erfüllung verstanden werden. Die Beschränkung der Vorschrift des § 224 Abs. 1 auf die Art der Erfüllung (welche Beschränkung tatsächlich von der Redaktionskommission vorgenommen worden war) sei aber sachlich durchaus zu billigen. Denn bei einer für alle Schuldverhältnisse bestimmten Vorschrift könne die Bezugnahme auf Treu und Glauben allgemein nicht für das Ob und Was der Verbindlichkeit statthaben, sondern allgemein nur für das Wie der Erfüllung einer solchen. Für die Frage, ob eine Verbindlichkeit und welche entstanden sei, passe die Bezugnahme

[20]) Dieser kurzen Ausdrucksweise bedienen sich die Protokolle.
[21]) § 73 des ersten Entwurfes lautete wie § 133 BGB.

auf Treu und Glauben nur bei Schuldverhältnissen aus Verträgen.[22])

Diesen Erwägungen ist beizutreten.

War durch die Kürzung der Redaktionskommission die Bezugnahme auf Treu und Glauben nur für das Wie der Verbindlichkeit gegeben, nicht mehr für Ob und Was, so fragte es sich nun, ob bei beabsichtigtem Ersatze von § 359, der (neben der Art der Erfüllung) auch das Ob und Was der Verbindlichkeit nach Treu und Glauben entscheiden ließ,

a) die Bestimmung der Protokolle (Seite 623 I, 2): „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern“,

oder

b) die Bestimmung (Protokolle Seite 624 I, 3): „Der Vertrag verpflichtet den Schuldner zu demjenigen, was sich nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Inhalt desselben ergibt“,

zu wählen sei.

Die Bestimmung unter a) galt nicht nur, wie § 359 des ersten Entwurfes, für obligatorische Verträge, sondern auch für alle anderen Verträge.[23]) Deshalb war sie auch in den allgemeinen Teil zu stellen. Die Bestimmung unter b) ersetzte dagegen den § 359 des ersten Entwurfes lediglich auf dem Gebiete der obligatorischen Verträge.

---

[22]) Bei nichtvertragsmäßigen Schuldverhältnissen kommt für die Entstehung des einzelnen Schuldverhältnisses die Bezugnahme auf Treu und Glauben nie in Frage. Es ist z. B. ganz undenkbar, nach Treu und Glauben zu entscheiden, ob aus einem Delikt eine Schuldverbindlichkeit entstanden sei oder nicht. Dies ergibt sich vielmehr lediglich ohne weiteres aus den vorliegenden Tatsachen, je nachdem diese die die Verbindlichkeit bestimmende Gesetzesvorschrift decken oder nicht.

[23]) Zum Beispiel Verträge über Bestellung von Dienstbarkeiten und Pfandrechten, Verträge betr. des ehelichen Güterrechts, Erbverträge.

Der Vorzug gebührte der ersteren der beiden Bestimmungen. Denn — so führen die Protokolle weiter aus (Seite 625) — die Maßgeblichkeit von Treu und Glauben für die Feststellung des Vertragsinhaltes (das Ob und Was der Verbindlichkeit) träfe nicht nur für obligatorische Verträge, sondern überhaupt für alle Verträge zu. Die Bezugnahme auf die Verkehrssitte habe freilich hauptsächlich nur für Verkehrsgeschäfte, somit für obligatorische Verträge Bedeutung, weniger für andere Verträge, immerhin passe sie auch für manche der letzteren.

Die beantragte Streichung der Worte „mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" nahm man nicht an. Diesem Antrage lag die Ansicht zugrunde, es sei nicht angängig, die Rücksicht auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte nebeneinander für maßgebend zu erklären, weil die Bedeutung beider Maßstäbe durchaus verschieden sei. Die Beobachtung von Treu und Glauben sei eine absolute Vorschrift, während die Verkehrssitte nur als Auslegungsmittel in Betracht käme. Dieser Ansicht setzte man entgegen, daß Treu und Glauben und die Verkehrssitte nicht gleichwertige und in der Vorschrift nicht gleichgestellte Maßstäbe seien, sondern daß die richtige Bewertung der beiden Begriffe dahin gehe, „daß bei der Feststellung, was im einzelnen Falle durch Treu und Glauben gefordert werde, die Verkehrssitte berücksichtigt werden sollte".

Zu Bedenken gab sodann die Frage Anlaß, ob man nun die Vorschrift als Auslegungsregel fassen dürfe. Denn es handle sich bei der Berücksichtigung von Treu und Glauben und der Verkehrssitte oft nicht um Auslegung des Parteiwillens im streng wissenschaftlichen Sinne, sondern um Ergänzung des fehlenden

Willens[24]) durch das Gesetz. Diese Bedenken schwanden jedoch infolge der Erwägung, daß der Sprachgebrauch des Lebens unter dem Ausdrucke Auslegung auch die auf die Willensergänzung gerichtete Tätigkeit des Richters verstehe (Protokolle Seite 625).

Das Ergebnis der Kommissionsberatungen war demnach kurz folgendes:

a) Die Bezugnahme auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte ist bei der Entscheidung der Frage, ob eine Verbindlichkeit vorliegt und welche, für alle Verträge maßgebend (Feststellung des Vertragsinhaltes). Für die Schuldverhältnisse, die nicht auf Verträgen beruhen, ist die Geltung von Treu und Glauben hinsichtlich des Ob und Was der Verbindlichkeit begrifflich ausgeschlossen.

b) Die Bezugnahme auf Treu und Glauben und auf die Verkehrssitte ist bei der Entscheidung der Frage, wie eine Verbindlichkeit zu erfüllen ist, für alle Schuldverhältnisse maßgebend (Inhalt der Leistung), also auch für obligatorische Verträge.

§ 4.

Bevor die rechtliche Bedeutung des Begriffes Treu und Glauben erörtert wird, ist es angebracht, einen Blick auf die sprachliche Bedeutung der Worte Treu und Glauben zu werfen, da diese zum Verständnisse des Rechtsbegriffes beiträgt.

„Treu und Glauben“ ist eine Uebersetzung der römischen bona fides.[25])

---

[24]) Und wie Schneider (Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, Seite 29, Anm. 41) richtig bemerkt, nicht nur um Ergänzung, sondern unter Umständen auch um Zurückweisung eines zu weit erklärten Willens.

[25]) In anderer Beziehung wird bona fides mit „guter Glaube“ übersetzt.

Kluge gibt uns in seinem ethymologischen Wörterbuche (6. Auflage) folgende Auskunft über die Wortbedeutung:

Treue = Zuversicht hegen,
(gotisch triggwa = Vertrag);
Glauben = gut heißen.

Tatsächlich ist auch im Rechtssinne diese Bedeutung der Worte zutreffend: Dem Vertrauen des Einen korrespondiert die dasselbe nicht täuschende Treue des Anderen[26]).

Um das Wesen des Begriffes von Treu und Glauben ist viel gestritten worden und wird weiterhin gestritten werden, wenn man versuchen will, ihn unumstößlich und für alle Fälle festzulegen. Es ist nicht möglich, eine feste Begrenzung dieses Begriffes zu geben, da in seinem Wesen eine gewisse Beweglichkeit begründet ist. Der Grundgedanke dieses Wesens — insofern man darunter das Billigkeits- und Gerechtigkeitsmoment versteht — steht fest und ist von Allen erkannt worden, mögen die Einen diese, die Anderen jene Definition des Grundsatzes gegeben haben.

Die im Gesetz gebrauchte Fassung: „Treu und Glauben erfordern" — Plural — erweckt den Anschein, als ob es sich hierbei um zwei verschiedene Dinge handle in der Art, daß jedes von ihnen eine besondere Existenz mit besonderen Merkmalen habe. Dies ist nicht der Fall. Es handelt sich vielmehr um ein und dasselbe, jedoch von zwei Gesichtspunkten aus betrachtet:

Das Prinzip von Treu und Glauben kann nur dann in Frage kommen, wenn eine Willenserklärung vorhanden ist, zu der es in Beziehung tritt, — mag es nun von Einfluß sein auf die Auslegung eines Vertrages oder die Art der Erfüllung einer Leistung oder irgend einen anderen rechtlich bedeut-

---

[26]) Vgl. Hölder, Kommentar § 157, Seite 340.

samen Vorgang. Durch eine Willenserklärung sind stets zum mindesten zwei sich gegenüberstehende Personen oder Personengruppen verbunden, die eine, die den Willen erklärt, die andere, der die Erklärung gilt. Für beide gilt Treu und Glauben ungetrennt. Der Erklärungsempfänger darf das Vertrauen haben, daß der Erklärende die abgegebene Erklärung gewollt habe und sie in dem Sinne gelten lasse, in dem sie erfolgt ist, zugleich darf aber auch der Erklärende darauf vertrauen, daß der Empfänger die Erklärung in dem Sinne hinnehme, in dem sie gegeben ist, und welcher der allgemeinen Auffassung von einer solchen Erklärung entspricht. Mithin wäre es sinngemäßer, wenn das Gesetz nicht sagte: „Treu und Glauben erfordern", sondern: „Treu und Glauben erfordert".

Der Begriff von Treu und Glauben wird in zwei Spielarten gebraucht. Einmal ist er ein Tatbestandsmoment, zum anderen ein Moment der Beurteilung eines Tatbestandes.[27]) Im ersteren Falle ist der Begriff ein subjektiver, vom Standpunkte der Parteien aufgefaßter und bedeutet das gegenseitige Vertrauen, das jede von zwei in rechtlichen Beziehungen stehenden Personen oder Personengruppen auf das redliche, diesen Beziehungen gemäße und der Auffassung des Verkehrs entsprechende Verhalten der anderen hegt, und die korrespondierende gegenseitige Rechtfertigung dieses Vertrauens.

Diese Definition ergibt sich sowohl aus dem Sinne der Worte, als auch aus der römischen Grundlage, der bona fides, unter der man ganz allgemein „Ehrlichkeit, Redlichkeit, Gewissenhaftigkeit"[28]) verstand.

---

[27]) Vgl. Hölder, zur Theorie der Willenserklärung, Seite 113.

[28]) fides bona contraria est fraudi et dolo (l 3 § 3 D. 17, II).

Die zweite Bedeutung des Begriffes, also die Bedeutung als Moment der Beurteilung eines Tatbestandes, kommt für uns hauptsächlich in Betracht. Nur von diesem Standpunkte aus gebraucht das Gesetz den Begriff. (§§ 157, 242, 162, 815.) Es gibt damit eine Anweisung, gewisse rechtliche Feststellungen und Entscheidungen im Sinne von Treu und Glauben zu treffen, sobald diese sich nicht auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen oder vertraglicher Vereinbarungen ohne weiteres treffen lassen.

Treu und Glauben in dieser Hinsicht bedeutet dann ein Gebot für denjenigen, der im konkreten Falle eine Entscheidung zu treffen hat, also in letzter Linie für den Richter, unter strenger Wahrung der Rechtserfordernisse einen den Interessen der sich gegenüberstehenden Parteien soweit als möglich Genüge leistenden Rechtszustand zu schaffen, der dadurch erreicht wird, daß man die Interessen der einen Partei gegen die der anderen nach Maßgabe des Rechts, sowie aller in Frage kommenden Umstände des Falles abwägt und sie insoweit erfüllt, als sie die der anderen in den Grenzen ihrer Berechtigung nicht verletzen und umgekehrt.

In § 157 ist diese Anweisung gegeben für die Auslegung von Verträgen, in § 242 für die Art der Erfüllung einer Leistung.

Das Gebot der Berücksichtigung von Treu und Glauben in diesen Bestimmungen bestimmt nichts, was ohne besondere Bestimmung nicht gelten würde, sondern betont nur etwas, was sich schon aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt. Der ganze Rechtsverkehr steht heute unter dem Zeichen von Treu und Glauben. Der Grundsatz will nichts anderes, als eine den jeweilig in Frage kommenden Lebensverhältnissen angepaßte Rechtsanwendung erwirken. Dies ist aber der Zweck allen Rechts als einen solchen, das den Interessen der

Menschen und ihrem wirtschaftlichen Verkehrsleben zu dienen bestimmt ist. Deshalb ist auch Treu und Glauben nicht ein außerhalb des Rechts zu suchendes Moment, sondern durch dasselbe gegeben. Dieser Gesichtspunkt läßt auch erkennen, daß die Billigkeit, um derentwillen Treu und Glauben vorhanden ist, nur eine rechtliche ist und nicht etwa diejenige, die im einzelnen Falle lediglich die Parteien etwa üben können durch Aufgebung ihrer Rechte, z. B. durch Verzicht, Vergleich.[29])

Da man unter billigem Recht ein dem einzelnen Falle unter Berücksichtigung seiner individuellen Besonderheiten angepaßtes Recht versteht, so ist alles Recht, auch das sog. strenge, billiges Recht, denn der Sinn allen Rechtes besteht in seiner engen Beziehung zum Leben, die durch die Berücksichtigung der einzelnen Lebensfragen und Anpassung an die konkreten Fälle bestimmt wird. Auch das strenge Recht ist aber den Fragen des Lebens angepaßt. Das billige Recht ist nur einmal mehr, das andere Mal minder billig, je nachdem es den einzelnen Fall in allen seinen Eigenheiten mehr oder weniger erschöpfend trifft.[30])

Je mehr das Recht in seinen Bestimmungen nur Rahmen für größere Gebiete aufstellt, in die die einzelnen Fälle einzureihen sind, je größer mit anderen Worten seine Elastizität ist, desto mehr ist bei der Anwendung des Rechts nach Treu und Glauben zu entscheiden.

---

[29]) Richtig sagt Stammler (Lehre vom richtigen Recht, Seite 49): „Der grundsätzliche Fehler liegt in der verborgenen Meinung, als ob es neben dem gesetzten Recht, und außerhalb seiner gedacht, noch irgend eine stofflich eigenartige Norm gäbe, eine unbekannte Größe, die nun auf den Namen Billigkeit getauft wird."

[30]) Vgl. Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, Seite 18 (Zitat aus Thöl, Einleitung ins deutsche Privatrecht).

Ein solches Recht läßt sich einerseits in hohem Grade den Besonderheiten der einzelnen Fälle anpassen; nach der Ansicht einiger Schriftsteller gewährt es aber andererseits in demselben Maße der Willkür der richterlichen Entscheidung freien Spielraum. Meines Erachtens ist aber der Nachteil des letzteren Umstandes von geringer Bedeutung und gegenüber dem sicheren Vorteil des ersteren jedenfalls nicht nennenswert. Auch wäre es, nebenbei bemerkt, schlimm um das Wissen, die Erfahrung und die Gewissenhaftigkeit unseres Richterstandes bestellt, wenn die geäußerte Befürchtung ernstlich begründet wäre. Besonders in unserer Zeit erfüllt ein Recht, das die allgemeinen Rechtsgrundsätze aufstellt und prinzipielle Bestimmungen trifft, dem Ermessen des Richters aber die richtige Anwendung derselben überläßt, seinen Zweck weit besser als ein solches, das in detaillierter Weise die speziellen Tatbestände ausdrücklich zu treffen sucht. Die schönen Worte Baco von Verulams: „Optimam esse legem quae minimum relinquit arbitrio judicis“, kennzeichnen zwar den idealen Zustand, niemals aber und besonders heute nicht wird dieser Zustand erreicht werden, denn die außerordentlich rasche und stetige Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse erzeugt fortwährend eine solche Menge verschiedener Fälle und kompliziert das Rechtsleben derart, daß kein Recht imstande ist, alle erdenklichen Tatbestände in seinen Vorschriften zu berücksichtigen und sie annähernd erschöpfend zu regeln. Es ist deshalb meines Erachtens heute viel richtiger, wenn das Recht der Selbständigkeit der richterlichen Rechtsprechung freien Spielraum gewährt, (selbst auf die Gefahr der einen oder anderen willkürlichen Entscheidung), als wenn es in seinen Vorschriften selbst auf Einzelnes und Besonderes eingeht. Oskar Bülow gibt die allgemeine Erfahrung in seinem „Gesetz und Richteramt“ mit den treffenden

Worten wieder: „Die vielbändigen, kasuistischen Gesetzbücher haben sich längst als die schlimmsten, verworrensten und verwirrendsten, als die unzulänglichsten erwiesen.“[31])

So hat denn auch in Erkenntnis dieser Tatsache das BGB. in weitem Maße sich darauf beschränkt, allgemeine, großzügige, ganze Rechtsgebiete umfassende Vorschriften zu geben. Dadurch, daß es den Grundsatz von Treu und Glauben in seine Bestimmungen aufgenommen hat, wahrt es sich aber stets den Kontakt mit dem Leben und beherrscht in souveräner Art auch entlegene und seltene Fälle.

In § 157 ist der Grundsatz als Auslegungsregel für Verträge gegeben. Wie schon früher erwähnt, korrespondieren Treu und Glauben einander: dem Vertrauen des Einen entspricht die Treue des Anderen. Die Treue des Erklärenden besteht darin, daß er seiner Erklärung treu bleibt, d. h. daß er sie in dem Sinne gelten läßt, wie sie allgemein aufzufassen ist. Für die Auslegung dieser Erklärung ist maßgebend der Glaube (d. h. das Vertrauen) desjenigen, dem die Erklärung gilt. Der Glaube, der maßgebend ist, ist aber nicht derjenige, den der Erklärungsempfänger wirklich hegt, sondern derjenige, den er nach den für den Inhalt der Erklärung in Betracht kommenden Umständen hegen darf. Will man also wissen, zu welchem Vertrauen und zu welcher diesem korrespondierenden Treue ein Vertrag die Parteien berechtigt, so muß man den Inhalt dieses Vertrages kennen: Der Inhalt des Vertrages ist für den Inhalt des Vertrauens bestimmend. Ist nun ein Vertrag in allen Punkten von den Parteien klar und erschöpfend festgelegt und deckt er sich ebenso, ohne einen Zweifel zu veranlassen, mit den für ihn maßgebenden Bestimmungen des Rechts, so bedarf es keiner Auslegung, d. h.

---

[31]) Zitiert bei Steinbach, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, Jur. Literaturblatt Bd. 15, No. II, Seite 26, 27.

keiner Feststellung seines Inhaltes, denn dieser steht bereits fest. Wir brauchen in diesem Falle § 157 nicht. Treu und Glauben tritt hier lediglich als Tatbestandsmoment auf. Wollen wir, um die Probe auf das Exempel zu machen, auch diesen Vertrag auslegen, indem wir Treu und Glauben jetzt als Maßstab unserer Beurteilung daran anlegen, so finden wir, daß alle Erfordernisse dieses Maßstabes durch den Inhalt des Vertrags erfüllt sind. Es kann alsdann die dem Inhalte gemäße Rechtsfolge — ohne Zuhilfenahme der Auslegung — ausgesprochen werden. Natürlich hat das Gesetz nicht etwas Ueberflüssiges bestimmt, es spricht vielmehr in seiner Vorschrift dem Grundsatze von Treu und Glauben nur dann maßgebende Bedeutung für die Beurteilung von Vertragstatbeständen zu, wenn diese nicht durch die Bestimmungen des Rechts und der Parteien genügend geregelt sind. Ich habe den angenommenen Fall nur zu dem Zwecke erwähnt, um die Art und die Funktion des Grundsatzes zu beleuchten. Er zeigt uns, daß unter der Auslegung nach Treu und Glauben nicht etwa eine Beurteilung nach einem dem Rechte fremden, nicht durch dasselbe gegebenen Maßstabe zu verstehen ist. Dieser Maßstab wurzelt im Recht und fordert nichts anderes, als im konkreten Falle den Parteiwillen, die eventuell in Frage kommenden Bestimmungen des Rechts und die besonderen Umstände des Falles gegeneinander abzuwägen und im Sinne der Gesamtheit des Rechts in Einklang zu bringen. Treu und Glauben gibt also dem Richter nicht die Befugnis, bei der Anwendung dieses Grundsatzes von den Bestimmungen des Rechts abzusehen, es weist ihn vielmehr an, bei Mangel solcher Bestimmungen, die den zu entscheidenden Fall treffen, aus dem Gesamtzusammenhange des Rechts die Entscheidung zu bilden. Hierbei muß der Richter alle für den konkreten Fall in Betracht kommenden Umstände

berücksichtigen. Dies bedeutet Auslegung nach Treu und Glauben. In Betracht kommen aber natürlich nur solche Umstände, denen das Recht diese Bedeutung zuerkennt.

Zu diesen Umständen gehört vornehmlich die Verkehrssitte.[32])

Wie wir schon aus den Protokollen der zweiten Lesung ersehen haben, handelt es sich hinsichtlich der Verkehrssitte nicht um die Gleichstellung dieses Begriffes mit dem Begriffe von Treu und Glauben, sondern darum, daß bei Feststellung der Forderungen von Treu und Glauben die Verkehrssitte berücksichtigt werde. Ihre Berücksichtigung ist ein Ausfluß der Bedeutung von Treu und Glauben. Die Verkehrssitte ist ein Bestandteil dieses Begriffes. Infolge dieser Erkenntnis ist die ausdrückliche Vorschrift, die Verkehrssitte zu berücksichtigen, von Vielen[33]) für überflüssig gehalten worden, da die Verkehrssitte ja auch ohne diese Vorschrift zu berücksichtigen sei. Das Gesetz hat aber die Beachtung derselben ausdrücklich hervorgehoben, um damit auszudrücken, daß letztere ein Umstand ist, der in jedem Falle der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu berücksichtigen ist, im Gegensatze zu solchen Umständen, die nicht immer, sondern nur unter gewissen Voraussetzungen zu berücksichtigen sind.[34])

Die Verkehrssitte kann durch andere Momente überwogen werden, sie darf aber nie vom Richter außer Acht gelassen werden. Sie ist also ein integrierendes Moment des Begriffes von Treu und Glauben und nicht eine Modifikation

---

[32]) Die Verkehrssitte findet außer in den §§ 157, 242 noch in anderen gesetzlichen Bestimmungen Erwähnung, z. B. in § 151 BGB.

[33]) z. B. Stammler im „Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgem. Lehren“ Seite 46.

[34]) Man denke z. B. an die soziale Stellung oder die Vermögensverhältnisse der Vertragschließenden.

desselben. Daraus ergibt sich, daß eine Verkehrssitte, die nicht den Anforderungen von Treu und Glauben entspricht, keine Berücksichtigung zu finden hat.

Die Verkehrssitte entsteht durch die Gewohnheit. Werden von einem Personenkreise dieselben Handlungen regelmäßig wiederholt, so bildet sich hieraus eine Verkehrsübung. Dies sind regelmäßig Handlungen, die zur Herbeiführung des von den Handelnden beabsichtigten Erfolges besonders zweckdienlich sind und ihren wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnissen entsprechen.[35])

Der Meinung Staubs[36]), die Verkehrssitte beruhe darauf, daß man das Geübte „für sittlich und anständig" halte, ist nicht beizupflichten, da es wohl denkbar ist, daß eine Verkehrssitte besteht, die mit der Sittlichkeit nicht im Einklang ist. Natürlich fällt eine solche Verkehrsübung bei der Auslegung eines Vertrages nach Treu und Glauben dann nicht in die Wagschale, wenn ihre Berücksichtigung, soweit sie auf die Auslegung von Einfluß sein würde, den Vertrag zu einem Rechtsgeschäft stempeln würde, das als ein gegen die guten Sitten verstoßendes gemäß § 138 BGB. nichtig wäre.

Auch beruht die Entstehung einer Verkehrssitte nicht, wie Staub meint, auf einer Gedankenprozedur der sie Ausübenden, als ob sich jeder einzelne im Falle ihrer Ausübung habe von der Erwägung leiten lassen, daß dies, was er tue, sittlich und anständig sei. Die Verkehrssitte ist lediglich tatsächliche soziale Gewohnheit, eine Gewohnheit, welche die Leute aus Zweckmäßigkeitsgründen üben, ohne über ihre sittliche Berechtigung nachzudenken. Sie wird nur in den

---

35) Eine der bedeutendsten Verkehrssitten ist die Usance der Kaufleute, insbesondere die Börsenusance; vgl. hierzu Staub, Kom. z. HGB. zu § 346 und Hagen (Dissertation).

36) Kom. z. HGB. Bd. I, Seite 7, Anm. 19.

meisten Fällen nicht der Sittlichkeit zuwiderlaufen, da auch für den Verkehr der Menschen das Sittliche die fördernde und erhaltende, das Unsittliche die schädigende, zerstörende Kraft ist. So werden denn Verkehrssitten, die der Sittlichkeit zuwiderlaufen, selten sein. Die Verkehrssitte ist keine Rechtssitte.[37]) Sie kann aber zur Rechtssitte, zum Gewohnheitsrechte werden, wenn die opinio necessitatis sie zu einer solchen macht, d. h. wenn man von ihr die Ueberzeugung hat, daß sie rechtlich notwendig ist. Unterläßt der Richter, eine Rechtssitte bei Beurteilung eines Falles zu berücksichtigen, so verstößt er gegen das Recht, da eine Rechtssitte eine Rechtsnorm ist und deswegen immer zu beachten ist. Läßt er eine Verkehrssitte unbeachtet, so begeht er an sich keinen Verstoß gegen das Recht, da eine Verkehrssitte keine Rechtsnorm ist; er begeht in diesem Falle nur dann einen Verstoß gegen das Recht, wenn die Verkehrssitte infolge ihrer gesetzlich vorgeschriebenen Berücksichtigung rechtliche Bedeutung hat.

Die §§ 157 und 242 ordnen die Berücksichtigung der Verkehrssitte an, das heißt der Verkehrssitte in natürlichem Sinne, des tatsächlichen Brauches, der nicht zur Rechtssitte gewordenen Verkehrssitte. Da die Rechtssitte aber auch Verkehrssitte ist, nur eine stärkere, durch die opinio necessitatis noch wirkungsvollere, so betrifft die in den erwähnten Paragraphen enthaltene Anordnung selbstverständlich auch die Rechtssitte. Der Schwerpunkt der beiden Gesetze liegt aber in ersterem: denn die Verkehrssitte würde rechtlich nicht zu beachten sein, wenn ihre Berücksichtigung nicht durch die §§ 157 und 242 vorgeschrieben wäre. Die Rechtssitte dagegen ist als

---

[37]) vgl. Staub z. HGB. Bd. II, Seite 10, Anm. 26, 27. — Danz unterscheidet nicht zwischen Rechtssitte und Verkehrssitte, während Hölder dies tut (vgl. Hölder, Gesetz und Verkehrssitte, Recht 1901, Seite 218).

Rechtsnorm auch ohne gesetzliche Vorschrift zu beachten. Der Umstand, daß die §§ 157 und 242 die rechtliche Berücksichtigung der Verkehrssitte vorschreiben, darf aber nicht zu der Annahme führen, daß die Verkehrssitte dadurch zur Rechtssitte, also zur Rechtsnorm, werde. Sie soll vielmehr berücksichtigt werden, obwohl sie keine Rechtsnorm ist.

Bezüglich der Frage, ob die Verkehrssitte und Rechtssitte auch dann zu berücksichtigen ist, wenn sie dem Gesetze widerspricht, ist zwischen absoluten und dispositiven Gesetzesvorschriften zu unterscheiden. Gegenüber einem absoluten Gesetze kann sich jedenfalls weder die Verkehrs-, noch die Rechtssitte behaupten. Der Rechtszwang schließt diese völlig aus. Anders verhält es sich bei dispositiven Gesetzen. Diesen gegenüber hat die Rechtssitte, das Gewohnheitsrecht abändernde Kraft, nicht aber die Verkehrssitte. Ist also für die Beurteilung einer rechtsgeschäftlichen Erklärung eine dispositive Gesetzesvorschrift maßgebend, d. h. eine solche, die durch Bestimmung der Parteien wegbedungen werden kann (— im anzunehmenden Falle ist sie aber nicht wegbedungen —), und steht dieser Gesetzesvorschrift eine widersprechende Rechtssitte gegenüber, nach welcher die betreffende dispositive Gesetzesvorschrift keine Anwendung finden kann, so ist die Rechtssitte maßgebend. Die Rechtssitte ersetzt in diesem Falle kraft ihrer Eigenschaft als Rechtsnorm die fehlende Bestimmung der Parteien, welche die dispositive Gesetzesvorschrift ausschließt. Der Verkehrssitte ist diese Wirkung abzusprechen, denn diese ist, wie wir sahen, keine Rechtsnorm und sie hat nur maßgebende Bedeutung für die Feststellung des Inhalts einer vorhandenen Willenserklärung, kann also nicht eine fehlende ersetzen.[38]) Fehlt es jedoch

[38]) Ebenso Hölder, im Recht 1901, Seite 218.

sowohl an einer ausdrücklichen, die dispositive Gesetzesvorschrift ausschließenden Bestimmung der Parteien, wie auch an einer dieser Vorschrift entgegenstehenden Rechtssitte, so bildet noch nicht, wie man denken könnte, die dispositive Gesetzesvorschrift ohne weiteres die Grundlage für die Beurteilung des Falles; es kommt dann vielmehr die Verkehrssitte in Betracht, sofern die Auslegung sonstiger Bestimmungen der Parteien, die ja mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu geschehen hat, ergibt, daß durch diese Bestimmungen jene Gesetzesvorschrift ausgeschlossen ist. Insoweit, d. h. im Bereiche der §§ 157 und 242, geht also das, was die Verkehrssitte vorschreibt, den dispositiven Gesetzesbestimmungen vor. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß die Verkehrssitte als solche die Geltung der dispositiven Gesetzesvorschrift ausschlösse, sie bewirkt vielmehr nur kraft ihrer maßgebenden Bedeutung für die Auslegung der von den Parteien getroffenen Bestimmungen, daß diesen ein Inhalt zukommt, der die Geltung des dispositiven Gesetzes ausschließt. Was die Vorschrift des Gesetzes wegbedingt, ist also nicht die Verkehrssitte, sondern auch in diesem Falle die Bestimmung der Parteien, nur offenbart diesen wegbedingenden Inhalt der Parteibestimmungen erst die sie auslegende Verkehrssitte.

Dagegen schließt die Verkehrssitte als solche ohne weiteres eine gesetzliche Auslegungsvorschrift aus.[39]) Denn eine solche ist noch mehr subsidiär, als eine dispositive Gesetzesvorschrift: während diese nur dann keine Geltung für die Bedeutung einer Willenserklärung hat, wenn sie wegbedungen ist, so bedarf es für jene keiner Wegbedingung, um ihre Geltung auszuschließen, sondern sie ist schon aus-

[39]) Solche Auslegungsvorschriften sind z. B. die §§ 187 flg. BGB.

geschlossen, wenn sich der Inhalt der in Frage kommenden Willenserklärung aus irgendwelchen anderen Momenten genügend bestimmen läßt.[40])

Die Verkehrssitte und ebenso die Rechtssitte sind selbst dispositiver Natur, ihre Geltung kann von den Parteien im einzelnen Falle ausgeschlossen werden. Man könnte geneigt sein, hieraus den Schluß zu ziehen, daß die Parteien, sobald sie die Geltung einer Verkehrs- oder Rechtssitte nicht ausgeschlossen haben, auch wirklich den Willen gehabt haben und gehabt haben müssen, sich ihr zu unterwerfen, daß im konkreten Falle also dieser Wille eine Voraussetzung ihrer Geltung ist. Dies ist jedoch unrichtig. Lediglich auf das Erklärte kommt es an, nicht auf das tatsächlich Gewollte. Enthält die Erklärung keinen Ausschluß der Geltung der Verkehrssitte, so ist diese eben, gleichviel ob der Wille der Parteien darauf gerichtet gewesen ist oder nicht, nach Treu und Glauben mitbestimmend für den Sinn der Erklärung, (falls die Geltung der Verkehrssitte nicht etwa dadurch in Wegfall kommt, daß individuelle Verhältnisse der Parteien den Inhalt der Erklärung schon maßgebend bestimmen). Die Richtigkeit dieser Ansicht wird durch den § 116 BGB. erwiesen:[41]) würde man den Willen, sich der Verkehrssitte zu unterwerfen, als Voraussetzung ihrer Geltung fordern, so würde die Verkehrssitte dann keine Geltung haben, wenn sich die Parteien insgeheim vorbehielten, jene nicht gelten lassen zu wollen, da dann eben ein auf Geltung der Ver-

---

[40]) Vgl. Hölder, Gesetz und Verkehrssitte, Recht 1901, Seite 218; ferner Hölder, Das Wesen der rechtswirksamen Willenserklärung, in Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerl. Rechts, Bd. 19, Seite 434 flg., Jena 1909.

[41]) Meines Erachtens vertritt auch § 116 ebenso wie § 119 die Erklärungstheorie. Vgl. hierzu Hölder, Zur Lehre von der Auslegung der Willenserklärungen usw., Weimar 1907.

kehrssitte gerichteter Wille der Parteien nicht vorliegt. Die Verkehrssitte hat in diesem Falle aber doch Geltung, denn nach § 116 ist eine Willenserklärung nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen.

Man könnte mir hiergegen einwenden, daß der § 116 in diesem Falle insofern nicht zutreffend sei, als die Parteien, wenn sie auch insgeheim die Geltung der Verkehrssitte nicht wollten, sich damit doch nicht vorbehielten, „das Erklärte" nicht zu wollen, da sie ja gar nicht erklärt hätten, daß sie die Verkehrssitte gelten lassen wollen. Dieser Einwand ist aber hinfällig, da hier „das Erklärte" ersetzt wird durch die Bestimmung des Gesetzes. Etwas, was das Gesetz bestimmt, brauche ich nicht noch als von mir gewollt zu erklären, es gilt auch ohne meine Erklärung, und ich kann es höchstens ausschließen, wenn das Gesetz die Ausschließung gestattet. Auch ein Beweis des tatsächlichen Willens — eines anderen als des erklärten —, der inneren Absicht des Erklärenden, ist nie zulässig, denn dann würde lediglich dieser bewiesene Wille den Inhalt der Willenserklärung bestimmen, und es würde damit die Auslegung einer Erklärung ganz dem Erklärenden überlassen, dem Richter aber entzogen. Das wäre ein unhaltbarer, mit Treu und Glauben unvereinbarer Zustand.

Ebenso unabhängig wie von dem Willen ist die Rücksicht auf die Verkehrssitte auch von dem Wissen der Parteien. Auch ohne daß die Parteien die Verkehrssitte kennen, ist sie maßgebend für die Auslegung der Erklärungen der Parteien,[42])

[42]) Ebenso Hölder, Zur Theorie der Willenserklärung, Seite 117; derselbe, Gesetz und Verkehrssitte, Recht 1901, Seite 216; ferner Staub, Kom. z. HGB. Bd. I, Seite 7, Anm. 19, Bd. II, Seite 1054, Anm. 9; auch Danz an verschiedenen Stellen. Abweichend Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Bd. II, Seite 27, 28, der die Bedeutung der Verkehrssitte leugnet, wenn die Vertragschließenden beiderseits von ihrem

denn da jede Erklärung eine Betätigung des Verkehrs ist, so ist die im Verkehre bestehende Sitte für die Erklärung maßgebend, auch ohne daß ich die Verkehrssitte kenne. Eine Erklärung, die nicht ein Zeichen des Verkehrs ist, ist undenkbar. Deshalb ist die für den Verkehr geltende Sitte, gleichviel, ob der Erklärende sie kennt oder nicht kennt, maßgebend für die Bedeutung der Erklärung (falls die Bedeutung nicht durch andere besondere Momente bestimmt wird).[43]

Daß es für die Beurteilung einer Willenserklärung nach der Verkehrssitte nicht darauf ankommt, ob die Parteien sie kennen oder nicht, beweist auch § 119 BGB., welcher bestimmt, daß derjenige, der bei Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtume war, die Erklärung anfechten kann. Denn das heißt für uns: Wenn der Erklärende bei Abgabe seiner Erklärung den Sinn nicht kennt, der nach der Verkehrssitte seiner abgegebenen Erklärung zukommt (— dann ist er eben im Irrtum über deren Inhalt, da dieser nach der Verkehrssitte bestimmt wird —), so hat sie gleichwohl Geltung (— denn er kann sie nur anfechten —) und natürlich in dem Sinne, den die Verkehrssitte für sie ergibt.

Da die meisten Erklärungen durch Worte vollzogen werden, so ist die Sprache das hervorragendste Mittel des Verkehrs, und demgemäß der Sprachgebrauch die hauptsächlichste Verkehrssitte. Es ist deshalb für eine richtige Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben eines der

---

Bestehen nichts wissen, und sie höchstens dann gelten läßt, wenn sie nur dem Schuldner unbekannt, der Gläubiger aber erwarten kann, daß der Schuldner sie kennt.

[43]) Zur Erläuterung bemerkt hierzu sehr treffend Hölder, Zur Theorie der Willenserklärung, Seite 117, daß „die gesprochenen Worte in Ermangelung besonderer, ihren Sinn bestimmender Beziehungen der Beteiligten überhaupt keinen Sinn hätten, wenn sie nicht den Sinn hätten, den die Verkehrssitte ergibt".

Haupterfordernisse, die Sprache, den Sprachgebrauch zu kennen und zu beherrschen.

Ein Sprachgebrauch bildet sich dadurch, daß man regelmäßig mit denselben Worten dasselbe bezeichnet. Für seine Existenz, wie die jeder anderen Verkehrsübung, ist es notwendig, daß eine Gruppe bestimmter, miteinander in Verkehr stehender Personen ihn übt. Solcher Verkehrsgemeinschaften gibt es naturgemäß unzählige, sowohl kleinere als größere. In jeder dieser Gruppe können sich Sprachgewohnheiten bilden. Konkurriert nun hinsichtlich der Auslegung einer Willenserklärung der Sprachgebrauch einer engeren mit dem einer weiteren Verkehrsgemeinschaft, so wird regelmäßig der der engeren maßgebend sein, da ja die Erklärung vom Erklärenden zunächst in seiner Eigenschaft als Genosse der engeren Gemeinschaft abgegeben ist, und demgemäß der beabsichtigte wirtschaftliche Erfolg der Erklärung (den herbeizuführen der Zweck der Auslegung ist) in ihren Grenzen zu suchen sein wird.

Wie wir Verkehrsgemeinschaften unterscheiden z. B. nach der territorialen, lokalen, wirtschaftlichen oder beruflichen Verschiedenheit ihrer Genossen, so werden wir meistens auch ebensoviele verschiedene Sprachgebräuche zu unterscheiden haben, die diesen Gemeinschaften eigen sind. Der Sprachgebrauch ist also nicht einheitlich. Es ist sogar sehr wohl möglich, daß ein Sprachgebrauch auch noch innerhalb der Verkehrsgemeinschaft, in der er gilt, nicht einheitlich ist.[44]) Die erste Frage für den entscheidenden Richter hinsichtlich der ihm obliegenden Rücksicht auf die Verkehrssitte wird also dahin gehen, welcher Sprachgebrauch, welche Verkehrssitte für den konkreten Fall anzuwenden sei. Die zweite Frage richtet sich dann darauf, was die Verkehrssitte in

---

[44]) Vgl. Hölder, Gesetz und Verkehrssitte, Recht 1901, Seite 217.

diesem Falle erfordert. Die Beantwortung dieser Frage wird meist sehr schwierig sein und demgemäß an die Lebenskenntnis wie an die Feinfühlichkeit des Richters die größten Anforderungen stellen.

Die den Worten einer Erklärung nach dem Sprachgebrauche zukommende Bedeutung zu finden, ist deshalb meist schwierig, weil der Sprachgebrauch, abgesehen von den eben erwähnten Verschiedenheiten, in sich selbst sehr nuancenreich ist, bald erkennt er denselben Worten diese, bald jene, bald eine dritte Bedeutung zu. Welche Bedeutung im gegebenen Falle die richtige ist, läßt sich nur aus dem Zusammenhang der Worte einer Erklärung untereinander, aus ihrer Beziehung zu dem Gegenstand, den sie bezeichnet, und aus den besonderen Umständen des Falles erkennen, zu denen vornehmlich Ort und Zeit der Erklärung, sowie die Eigenschaften des Erklärenden und des Empfängers derselben oder dessen, den sie angeht, gehören.[45])

Die Frage, was der Sprachgebrauch im konkreten Falle ergibt, läßt sich also nicht trennen von der Frage, welches die besonderen Umstände des Falles sind, da der Sprachgebrauch die Worte einer Erklärung nicht als solche deutet, sondern nur in bezug auf die bestimmte für sie maßgebende Situation. Diese Würdigung aller für die Beurteilung eines Falles in Frage kommenden Umstände, die bei jeder Entscheidung nach einer Verkehrssitte nötig ist, ist aber nichts anderes als das, was auch Treu und Glauben mit erfordert. Dies zeigt deutlich, daß die Rücksicht auf die Verkehrssitte,

[45]) Es bedeuten z. B. die Worte: „Ueberlassen Sie mir heute nachmittag eines Ihrer Pferde“, wenn ich sie zu einen gewerbsmäßigen Pferdeverleiher sage, die Offerte zu einem Mitvertrage, wenn ich sie meinem Freunde gegenüber äußere, die Offerte zu einem Leihvertrage. Die Verkehrssitte ergibt infolge der Verschiedenheit der Eigenschaft der Erklärungsempfänger etwas Verschiedenes.

wie schon früher erwähnt wurde, lediglich ein Bestandteil, ein integrierendes Moment des Begriffes von Treu und Glauben ist. Die Verkehrssitte ist ein Maßstab für die Anwendung von Treu und Glauben, und da sie der wichtigste ist, hat das Gesetz ihre Berücksichtigung ausdrücklich hervorgehoben.

Zu betonen ist, daß die Berücksichtigung der Verkehrssitte nicht das einzige Erfordernis von Treu und Glauben ist. Ihre Bedeutung erschöpft nicht den Begriff von Treu und Glauben, sondern ist nur ein Teil desselben. Bei der Beurteilung einer Willenserklärung nach der Verkehrssitte sind zwar alle Umstände des Falles in Betracht zu ziehen, unter diesen können jedoch solche sein, die die Geltung der Verkehrssitte ausschließen; diese Umstände sind dann nicht vom Standpunkte der Verkehrssitte, sondern vom Standpunkte anderer nach Treu und Glauben zu berücksichtigender Momente für den Inhalt der Willenserklärung maßgebend.

Der § 157 stellt die Bedeutung von Treu und Glauben seinem Wortlaute nach als maßgebend nur für die Auslegung von Verträgen hin. Daß jedoch diese Vorschrift nicht auf Verträge zu beschränken, sondern auf alle Willenserklärungen auszudehnen ist, erhellt nicht nur aus der Natur des Begriffes von Treu und Glauben, sondern ergibt sich auch deutlich aus dem Vergleich des § 157 mit dem § 133 BGB. § 133 schreibt vor, bei der Auslegung einer Willenserklärung den wirklichen Willen zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften. Der Paragraph enthält also ein Gebot und ein Verbot. Der Nachdruck liegt auf dem Gebot. Das Verbot[46]) ist nicht erforderlich, denn das Gebot, den

[46]) Dieses ist natürlich nicht dahin zu verstehen, daß der buchstäbliche Sinn des Ausdrucks überhaupt nicht zu beachten wäre. Vielmehr ist bei der Erforschung des wirklichen Willens immer von ihm

wirklichen Willen zu erforschen, enthält bereits jenes.[47]) Der wirkliche kann mit dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zusammenfallen, braucht es aber nicht. Stimmen beide überein, so wird durch das Haften am buchstäblichen Sinne gleichzeitig dem wirklichen Willen Geltung verschafft. Das Haften am buchstäblichen Sinne ist hier also nicht unrichtig. Gehen sie aber auseinander, so würde durch das Haften am buchstäblichen Sinne dem wirklichen Willen die ihm gebührende ausschlaggebende Bedeutung versagt werden. Bei dieser Verschiedenheit ist naturgemäß dann ein Erforschen des wirklichen Willens nicht möglich, wenn man am buchstäblichen Sinn haftet. Sonach ist in dem Gebot, den wirklichen Willen zu erforschen, begrifflich das Verbot, nicht am buchstäblichen

---

auszugehen, — kann dieser buchstäbliche Sinn doch sehr wohl der richtige Sinn des Ausdrucks sein, d. h. derjenige, der den Willen offenbart —, man soll nur nicht an ihm haften, wenn er nur der buchstäbliche, nicht aber der wirkliche Sinn des Ausdrucks ist, d. h. wenn er den wirklichen Willen nicht enthält. Es ist auch darauf hinzuweisen, daß dieses Verbot nicht nur für Willenserklärungen, die durch Worte vollzogen sind, gelten soll, wie man aus dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks „Buchstäblich" schließen könnte, sondern auch auf solche zu beziehen ist, deren Mittel andere Zeichen sind, z. B. auf konkludente Handlungen; denn der buchstäbliche Sinn bedeutet den dem Ausdruck in Wahrheit nicht zukommenden, den unrichtigen, scheinbaren Sinn.

[47]) Man kann sich auch auf den Standpunkt stellen, daß es nicht der Aufnahme des Gebotes in die Bestimmung darüber, wie eine Willenserklärung auszulegen sei, bedurft habe, denn wenn man das Verbot, nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, beachtet, gelangt man von selbst über den buchstäblichen Sinn des Ausdrucks hinaus zu seinem wirklichen Sinne und damit zu dem wirklichen Willen, der den Inhalt der Erklärung bildet. Meiner Ansicht nach wird jedoch das Gebot vom Verbot nicht völlig getroffen, denn dieses enthält nur einen Umstand, der für die Erforschung des wirklichen Willens maßgebend ist, nämlich die Beachtung des gebrauchten Ausdrucks. Dieser eine Umstand genügt jedoch nicht; es sind vielmehr noch andere Umstände zu beachten. Da also das Gebot mehr erfordert, als in dem Verbot enthalten ist, so dürfte wohl die von mir oben vertretene Ansicht vorzuziehen sein.

Sinne zu haften, enthalten. Folglich bedarf es nicht eines besonderen, dahin gehenden Verbotes durch das Gesetz. Die Aufnahme des Verbotes in das Gesetz ist aber erklärlich: Da die meisten Willenserklärungen durch Worte vollzogen werden, wird gegen das Gebot der Erforschung des wirklichen Willens am leichtesten dadurch verstoßen, daß man am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks haftet. Das Gesetz warnt ausdrücklich vor diesem Verstoß, um durch Verschließung dieses nächsten Irrweges indirekt auf den richtigen Weg hinzuweisen und dadurch die Einhaltung seines Gebotes in höherem Maße zu sichern.

Aus Vorstehendem ersahen wir, daß nach § 133 das Essentielle für die Auslegung einer Willenserklärung die Vorschrift ist, den in ihr enthaltenen wirklichen Willen zu erforschen, und daß das Verbot, nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, nur ein negativer Hinweis auf die Art der Erforschung des Willens ist, also nichts enthält, was nicht auch ohne diese ausdrückliche Erwähnung schon zufolge jener Vorschrift zu beachten wäre. Das Gesetz gibt also keine direkte Anweisung, auf welche Weise man zur Klarlegung des wirklichen Willens gelangt, es sagt nur, daß ein Umstand, nämlich der zur Erklärung gebrauchte Ausdruck, wohl hierfür maßgebend, jedoch nicht einzig und allein maßgebend ist. Es läßt die Frage, wie der wirkliche Wille zu erforschen ist, zum Teil unbeantwortet. Da, wie früher bereits erwähnt, nur der Wille in Betracht kommt, der erklärt ist (also dieser auch allein den wirklichen Willen ausmacht), so können wir ihn lediglich aus der Erklärung heraus finden. Der wirkliche Wille der Erklärung ist aber kein anderer als der nach § 157 sich für sie ergebende Inhalt. Denn die für die Erforschung des wirklichen Willens notwendige Beachtung sowohl des gebrauchten Ausdrucks, wie

auch aller anderen für ihn maßgebenden Umstände ist die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben.

Ist also, wie § 133 ergibt, jede Willenserklärung nach Treu und Glauben auszulegen, so gilt § 157 nicht nur für Verträge, sondern für alle Willenserklärungen.

§ 157 hat hiernach auch Geltung für einseitige Willenserklärungen, wie z. B. die Auslobung, das Testament,[48]) die Vollmacht usw.

Nach alledem unterliegt es ebenfalls keinem Zweifel mehr, daß auch die Gesetze nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen sind. Auch diese sind Willenserklärungen und bedürfen als solche ihrer Natur nach der Auslegung. Hölder in seiner Abhandlung: „Zur Theorie der Willenserklärung", Seite 118, weist mit Recht darauf hin, daß Auslegungsgrundsätze nur für Rechtsgeschäfte gesetzlich bestimmt werden können, da ja ein Gesetz, das solche für Gesetze bestimmen würde, selbst wieder der Auslegung bedürfe. Die Grundsätze für die Auslegung können also nicht durch besondere Gesetze gegeben werden, sind vielmehr aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und aus Gesetzen, welche Auslegungsgrundsätze für Willenserklärungen schlechthin enthalten, herzuleiten. Die Grundsätze für die Gesetzesauslegung können keine anderen sein, als die für private Willenserklärungen geltenden, weil jene Grundsätze dem Begriff und dem Wesen der Willenserklärung entnommen sind. Da die Gesetze in der Regel durch Worte vollzogen werden, kommt für ihre Auslegung hauptsächlich in Betracht der allgemeine Sprachgebrauch, der, wie wir sahen, ein Bestandteil der Verkehrssitte ist. Der sich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf

---

[48]) Vgl. hierzu Hölder, Kom. z. BGB. § 157, Seite 341, ebenso Staudinger, Kom. z. BGB. § 157, Anm. 4, Seite 491; Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte, Seite 139.

die Verkehrssitte ergebende Inhalt der Gesetze ist der wahre Gesetzeswille. Dies ist besonders zu betonen, da man leicht in die Gefahr kommen kann, den Willen der Personen, die die Gesetze aufgestellt haben, als für ihren Inhalt maßgebend anzusehen, oder gar ihn allein für den Gesetzeswillen zu halten. Hört man doch oft bei Erörterung der Frage nach dem Inhalte eines Gesetzes von dem „Willen des Gesetzgebers" als hierfür bestimmend reden, obwohl ein solcher Wille gar nicht existieren kann, da es an den Personen fehlt, die ihn hegen können, denn die Urheber der Gesetze schaffen diese nicht in ihrer Eigenschaft als Individuen, sondern als Werkzeuge des Staates. Was die Verfasser der Gesetze mit diesen beabsichtigt und gewollt haben, das haben sie in ihrer Eigenschaft als Privatpersonen gewollt. Dieser Wille kann natürlich mit dem „Willen des Gesetzes", d. h. mit dem nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen diesem zukommenden Inhalt, übereinstimmen, für das Gesetz existiert aber lediglich und ist daher allein maßgebend dieser letztere. Es wäre auch ein unerhörter Verstoß gegen Treu und Glauben, wenn die Rechtsgenossen in ihrem berechtigten Vertrauen darauf, daß der Wille des Gesetzes der sei, den sie zufolge der ihnen geläufigen, allgemeinen, vom Rechte anerkannten Grundsätze als solchen erkennen, dadurch getäuscht würden, daß man diesen nicht gelten ließe und dafür einen für sie nicht erkennbaren, fremden Willen einzelner Personen als maßgebend einsetzte.

Nachdem wir die Funktion des Grundsatzes von Treu und Glauben als Maßstab für die Auslegung von Willenserklärungen betrachtet haben, wollen wir auf seine Bedeutung für die Art der Erfüllung einer Verbindlichkeit eingehen und sodann erörtern, ob und inwieweit diese Bedeutung gegenüber der Bestimmung des § 157 etwas Neues und Besonderes bietet.

Nach § 242 ist Treu und Glauben dafür maßgebend, wie der Schuldner die Leistung zu bewirken verpflichtet ist.

Das Prinzip von Treu und Glauben würde in dieser Richtung auch Geltung haben, wenn es nicht durch die besondere Vorschrift des § 242 zum Gesetz erhoben wäre, da auch insoweit seine Geltung schon aus allgemeinen Grundsätzen folgt. Lediglich um seine große Bedeutung hervorzuheben, betont das Gesetz hier ausdrücklich seine Maßgeblichkeit für die Art der Erfüllung einer Schuldverbindlichkeit, wie es in § 157 seine auch ohne eine solche Bestimmung geltende Bedeutung für die Auslegung von Verträgen besonders ausspricht.

Trotz der Selbstverständlichkeit der Bestimmung des § 242 ist dieser naturgemäß zufolge der Bedeutung seines Gegenstandes der wichtigste des Schuldrechts, denn er ist mit Recht der leitende Grundsatz desselben. Im Gebiete des Schuldrechts, das so eigentlich das dem Verkehre dienende Recht ist, wird es sich besonders häufig infolge der sich widerstreitenden Interessen der Parteien notwendig machen, eine den Interessen beider Teile möglichst gerecht werdende Entscheidung zu treffen, für deren Bildung der Grundsatz von Treu und Glauben Mittel und Wege angibt.

Zunächst bedarf es eines Wortes hinsichtlich der einseitigen Abstellung des Paragraphen auf das Verhalten des Schuldners. Für dieses allein bestimmt der Paragraph die maßgebende Bedeutung von Treu und Glauben. Seinem Wortlaute nach wäre das Verhalten des Gläubigers also nicht nach diesem Maßstabe zu beurteilen. Das ist aber zweifellos nicht der Sinn der Vorschrift. Wie es ein nonsens ist, die rechtliche Beziehung zwischen Gläubiger und Schuldner zu zerreißen, so ist es auch undenkbar, einen Grundsatz, der für die Beurteilung dieser Beziehung maßgebend ist, für einen Teil der

durch diese Beziehung Verbundenen auszuschalten. Schreibt also § 242 vor, daß der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben es erfordern, so ist aus dieser Vorschrift auch zu entnehmen, daß andererseits der Gläubiger verpflichtet ist, die Bewirkung der Leistung nur in der Art zu fordern, wie Treu und Glauben es verlangen. Der Maßstab von Treu und Glauben ist also in gleicher Weise für das Verhalten des Schuldners wie des Gläubigers maßgebend.

In dieser Beziehung ist der Wortlaut des § 242 ausdehnend auszulegen.

Dagegen halte ich eine ausdehnende Auslegung[49]) des § 242 in folgendem Punkte für unrichtig: Nach dem Wortlaute der Vorschrift ist Treu und Glauben für die Art der Bewirkung der Leistung als maßgeblich bezeichnet; Voraussetzung ihrer Geltung ist also das Bestehen einer Verbindlichkeit. Die Frage, ob eine Verbindlichkeit vorliegt, ist demnach nicht nach § 242 zu beantworten. Natürlich ist Treu und Glauben für den ganzen Inhalt der Verbindlichkeit maßgebend, von welchem sich, wie die Protokolle der zweiten Lesung (Seite 303) richtig bemerken, die Frage, ob eine Verbindlichkeit entstanden sei, häufig nicht trennen läßt. Jedoch ist diese Frage meines Erachtens nicht nach § 242, sondern nach § 157 zu beantworten. § 242 ist in dieser Beziehung nicht ausdehnend auszulegen, sondern streng nach seinem Wortsinne zu interpretieren.

Da § 242 speziell eine Vorschrift des Schuldrechts ist, entsteht die Frage, ob seine Bestimmung auch für die Art der Erfüllung solcher Verbindlichkeiten maßgebend ist, die nicht aus Schuldverhältnissen resultieren. Daß der Grundsatz

---

[49]) Wendt a. a. O., Seite 85, befürwortet diese.

von Treu und Glauben für die Art der Erfüllung aller Verbindlichkeiten, nicht nur der schuldrechtlichen, sondern besonders auch der sachen-, familien- und erbrechtlichen, Geltung hat, kann zufolge seiner allgemeinen Bedeutung in der Rechtsordnung nicht zweifelhaft sein. Es handelt sich aber vielmehr darum, ob man die Geltung des Grundsatzes für die Art der Erfüllung aller Verbindlichkeiten direkt aus § 242 herleiten kann. Die Frage ist zu bejahen, wenn man unter den Verbindlichkeiten, für deren Erfüllungsweise Treu und Glauben nach § 242 maßgebend sein soll, nicht nur diejenigen verstehen darf, die aus Schuldverhältnissen entstehen, sondern auch solche, deren Grundlage dingliche oder andere Rechte bilden. Es kommt also darauf an, was man im Rahmen des § 242 unter den Begriff des Schuldverhältnisses subsumieren kann.

Unter „Schuldverhältnis“ versteht man regelmäßig das Schuldverhältnis im technischen Sinne, d. h. die meist durch Rechtsgeschäft geschaffene Beziehung zweier Personen, kraft deren die eine berechtigt ist, eine Leistung von der anderen zu fordern (§ 241), also ein Rechtsgebilde, das allein in dieser Beziehung zweier Personen besteht und darin erschöpft ist. Seinem Wortlaute und seiner Stellung im Gesetze nach gilt der Paragraph nur für solche Schuldverhältnisse im technischen Sinne. Das Schuldverhältnis fällt nun unter den Begriff des Anspruchs, da auch hier der Eine vom Anderen ein Tun zu verlangen berechtigt ist. Die dinglichen, familien- und erbrechtlichen Ansprüche sind zwar keine Schuldverhältnisse im technischen Sinne, da sie auf anderen Grundlagen beruhen, wie diese, jedoch auch hier liegt eine besondere Beziehung zwischen zwei ganz bestimmten Personen vor, kraft deren die eine zu fordern berechtigt, die andere zu leisten verpflichtet ist, also ein Schuldverhältnis im wahren Sinne des Wortes.

Es macht hierfür gar keinen Unterschied, daß z. B. das dingliche Recht, auf dem ein Anspruch beruht, seiner Natur nach unpersönlich ist; der Anspruch, der z. B. durch die Verletzung dieses Rechts entsteht, ist sehr wohl persönlich (denn er richtet sich nur gegen den Verletzer) und unterscheidet sich durch nichts von dem, worin das Wesen des Schuldverhältnisses besteht. Der Anspruch (Forderung und Verpflichtung) ist seinem Wesen nach immer gleichartig, ob er nun auf einer Obligation, einem dinglichen Rechte, einem Familienverhältnis oder Erbrechte beruht.

Nach dieser Feststellung kann es aber nicht mehr zweifelhaft sein, daß § 242 so zu verstehen ist, daß Treu und Glauben nicht nur maßgebend ist für die Art der Erfüllung solcher Verbindlichkeiten, die auf reinen Schuldverhältnissen im technischen Sinne beruhen, sondern auch solcher, die ihren Ursprung aus anderen Rechten oder Rechtsverhältnissen herleiten.

Es steht nun noch die Frage zur Entscheidung, ob § 242 gegenüber der Vorschrift des § 157 etwas Neues und Besonderes bedeutet.

Gehen wir zunächst von dem Wortlaute aus, so ist folgender Unterschied zu konstatieren:

Nach § 157 ist Treu und Glauben maßgebend für die Feststellung des Inhalts einer Verbindlichkeit, also (um mich der anschaulichen Bezeichnung der Protokolle zu bedienen) für die Entscheidung der Frage nach Ob und Was der Verbindlichkeit, und zwar lediglich aller vertragsmäßigen Verbindlichkeiten.

Nach § 242 ist Treu und Glauben maßgebend für das Wie der Erfüllung einer Verbindlichkeit, und zwar aller auf Schuldverhältnissen beruhenden Verbindlichkeiten.

Dem Wortsinne nach liegt also eine bedeutende Verschiedenheit vor. Der § 157 deckt von dem Gegenstande

des § 242 nur solche Schuldverhältnisse, die auf Verträgen beruhen, und auch nur hinsichtlich der Frage nach dem Ob und Was der Verbindlichkeit. Von dieser Erwägung ging auch die Kommission für die zweite Lesung aus, wenn sie mit der Schaffung des § 242 beabsichtigte, die Rücksicht auf Treu und Glauben auf alle Schuldverhältnisse und auch auf die Art ihrer Erfüllung auszudehnen. Geht man nun über den Wortsinn hinaus und betrachtet man die beiden Paragraphen nach ihrer inneren, wahren Bedeutung, so kommt man durch diese Vergleichung zu einem ganz anderen Ergebnis hinsichtlich der Verschiedenheit dieser beiden Gesetzesstellen.

Im Vorhergehenden ist festgestellt worden, daß die Vorschrift des § 157 nicht nur für die Auslegung von Verträgen, wie ihr Wortlaut besagt, sondern für die Auslegung aller Willenserklärungen, auch die der Gesetze, Geltung hat. Es bedurfte hierbei keiner weiteren Erörterung, daß man unter der Auslegung einer Willenserklärung die Feststellung ihres Inhaltes zu verstehen hat.

Schuldverhältnisse beruhen nun entweder auf privaten Willenserklärungen oder unmittelbar auf gesetzlichen Bestimmungen. Ist der Grundsatz von Treu und Glauben (gemäß § 157) maßgebend für die Feststellung des Inhalts einer Willenserklärung, so ist er auch maßgebend für die Feststellung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, das auf privater Willenserklärung beruht. Und weiter ergibt sich zweifelsohne aus der Maßgeblichkeit des Grundsatzes für die Feststellung des Gesetzesinhalts dieselbe Bedeutung von Treu und Glauben für die Feststellung des Inhalts solcher Schuldverhältnisse, die unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruhen. Damit ist bewiesen, daß in der Vorschrift des § 157 die Bedeutung von Treu und Glauben für den Inhalt eines Schuldverhältnisses ausgesprochen ist.

§ 242 schreibt aber die Berücksichtigung von Treu und Glauben nicht für die Feststellung des Inhalts einer Schuldverbindlichkeit vor, sondern für die Art ihrer Erfüllung. Die Art der erforderlichen Bewirkung der Verbindlichkeit wird hier von ihrem Inhalte unterschieden. Sie ist jedoch in Wirklichkeit zweifellos durch ihn gegeben. Denn wie ich eine Leistung zu bewirken habe, kann ich nur aus ihrem Inhalte erkennen. Dieser bedingt die Art ihrer Bewirkung. Die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben für die Art der Erfüllung einer Verbindlichkeit ist mithin nur ein Ausfluß seiner Bedeutung für ihren Inhalt.

Das Ergebnis dieser Betrachtung ist demnach, daß § 242 nur etwas hervorhebt, was schon die richtige Auslegung des § 157 ergibt.

Das Wesen des Grundsatzes von Treu und Glauben, dessen Erkenntnis uns insonderheit die §§ 157 und 242 BGB. vermittelt haben, besteht, wie wir sahen, darin, im konkreten Falle nach den allgemeinen, als richtig anerkannten Rechtsanschauungen unter genauer Berücksichtigung der Umstände einen den Interessen der Beteiligten möglichst entsprechenden Rechtserfolg herbeizuführen. Es kommt also bei der Anwendung des Grundsatzes darauf an, das Material des Falles (Willenserklärung, Gesetzesbestimmung, besondere Umstände) richtig zu deuten, gegeneinander abzuwägen und die einzelnen Bestandteile in ein der Vernunft, dem Rechte und den allgemeinen Anschauungen gerechtwerdendes Verhältnis zu bringen.

Es ist demnach ganz unrichtig, wenn Stammler[50]) Treu und Glauben als eine Norm auffaßt, die, auch abgesehen von

---

[50]) Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren.

den speziellen Bestimmungen der Parteien und des Rechts, das „objektiv Richtige“ für alle Fälle angibt. Eine solche Gegenüberstellung von „objektiv Richtigem“ und den Bestimmungen des Rechts oder der Parteien als zweier getrennt existierender Dinge ist eine völlige Verkennung des Begriffes von Treu und Glauben. Denn eins seiner wichtigsten Wesensmerkmale ist seine Unzertrennlichkeit von dem Tatbestande des einzelnen Falles mit allen seinen Besonderheiten. Der einzelne Fall ist das Lebenselement des Begriffes; auf dieser Grundlage tritt er greifbar zutage. Gewiß ist sein Grundgedanke — die Billigkeit (wenn ich ihn kurz so bezeichnen darf) — eine feste Einheit; diese Billigkeit ist der Geist des Begriffes von Treu und Glauben, der das ganze Recht durchflutet. Dieses gestaltlose Wesen als solches gibt aber nicht das für alle konkreten Fälle „objektiv Richtige“ an. Wir können diesen Geist nur erkennen, wenn wir verstehen, ihm mittels des einzelnen konkreten Falles eine für unsere Sinne wahrnehmbare Gestalt zu geben; dazu verhilft uns aber nur die Kenntnis dieses Falles mit allen seinen Umständen. Wo der Begriff uns auch entgegentritt, immer wird er eine neue Gestalt haben und er wird uns immer nur das zeigen, was in dem bestimmten Falle das Richtige ist.

Haben wir gefunden, was im einzelnen Falle das Richtige ist, also das, was Treu und Glauben erfordert, so ist die hieraus sich ergebende Rechtsfolge unbedingt auszusprechen. Sogar dem Gesetz entgegen ist Treu und Glauben zur Geltung zu bringen. Damit ist jedoch die Rücksicht auf Treu und Glauben nicht über das Gesetz gestellt: vielmehr gestattet uns ja das Gesetz, es selbst so auszulegen, wie Treu und Glauben erfordert, d. h. es gestattet, einen dem Grundsatze von Treu und Glauben widersprechenden Gesetzesinhalt abzulehnen. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird durch die Tatsache

bewiesen, daß das Gesetz selbst, wie wir sahen (vgl. Seite 18 flg.), in zahlreichen Vorschriften die Geltung seiner Bestimmungen in einzelnen Fällen aus Rücksicht auf die Billigkeit, auf Treu und Glauben, ausdrücklich aufhebt (z. B. §§ 815, 162 BGB.).

Besitzt der Grundsatz von Treu und Glauben eine solche abändernde Wirkung, so hat er zweifelsohne auch die geringere Kraft, ergänzend zu wirken. Mit seiner Hilfe soll also auf dem vom Gesetzgeber und den Parteien offengelassenen Gebiete ihren Bestimmungen das zu seiner Erfüllung Nötige hinzugefügt werden. Jedoch ist eine Beschränkung[51]) des Grundsatzes auf dieses vom Gesetzgeber und den Parteien freigelassene Gebiet verfehlt: handelt es sich doch eben darum, jene Bestimmungen so zu verstehen, wie Treu und Glauben es erfordert.

---

[51]) Für eine solche spricht sich Schneider hinsichtlich des § 242 aus (Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, Seite 132).